

MARCELO QUENTIN

CONSTITUIÇÃO E CONCRETIZAÇÃO

(AS NORMAS CONSTITUCIONAIS DIANTE DA MODERNA HERMENÊUTICA)

CURITIBA
2005

MARCELO QUENTIN

CONSTITUIÇÃO E CONCRETIZAÇÃO
(AS NORMAS CONSTITUCIONAIS DIANTE DA MODERNA HERMENÊUTICA)

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias do Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Elizeu de Moraes Corrêa.

CURITIBA
2005

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELO QUENTIN

CONSTITUIÇÃO E CONCRETIZAÇÃO

(AS NORMAS CONSTITUCIONAIS DIANTE DA MODERNA HERMENÊUTICA)

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:


Professor Elizeu de Moraes Corrêa


Professor Luiz Marlo de Barros Silva


Professor Manoel Eduardo Camargo e Gomes

Em 08 de novembro de 2005

A você Jaqueline pelas horas roubadas ao seu convívio e por todo apoio, sem o qual não seria possível a conclusão do curso de Direito.

"Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras."

Rui Barbosa.

SUMÁRIO

RESUMO.....	VIII
1 - INTRODUÇÃO.....	1
2 - AS BASES DO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	4
2.1 - DIREITO CONSTITUCIONAL E CONTEMPORANEIDADE.....	4
2.2 - DO JUSNATURALISMO AO POSITIVISMO JURÍDICO.....	8
2.2.1 - Direito Natural, Período Clássico e Jusnaturalismo.....	8
2.2.2 - Jusnaturalismo e Jusnaturalismo Racionalista	10
2.2.3 - O Positivismo Jurídico.....	12
2.3 - TEORIA CRÍTICA E CONSTITUCIONALISMO MODERNO.....	15
2.3.1 - A Teoria Crítica.....	15
2.3.2 - O Constitucionalismo Moderno.....	18
3 - HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	22
3.1 - NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUA INTERPRETAÇÃO.....	22
3.1.1 - Característica interpretativa da norma constitucional.....	22
3.1.2 - A interpretação da Constituição.....	24
3.2 - MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	26
3.2.1 – Os Métodos Clássicos.....	26
3.2.2 - Método Integrativo ou Científico-Espiritual.....	29
3.2.3 – O Método Tópico.....	30
3.2.4 – O Método Concretista.....	31
3.2.4.1 – O Método Concretista de Konrad Hesse.....	32
3.2.4.2 – O Método Concretista de Friedrich Muller.....	33
3.2.4.3 – O Método Concretista de Peter Häberle.....	35
3.3 - PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	36
3.3.1 – Princípio da Unidade da Constituição.....	36
3.3.2 – Princípio da Concordância Prática.....	37
3.3.3 – Princípio da Força Normativa da Constituição.....	38
3.3.4 – Princípio da Máxima Efetividade.....	38
3.3.5 – Princípio do Efeito Integrador.....	39
3.3.6 – Princípio da Interpretação Conforme a Constituição.....	39
3.3.7 – Princípio da Proporcionalidade.....	40
3.4 – TECNICAS ATUAIS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	41
3.4.1 – Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade.....	42
3.4.2 – Declaração de Inconstitucionalidade com Apelo ao Legislador.....	42
3.4.3 – Interpretação Conforme a Constituição.....	43
4 – NORMA CONSTITUCIONAL E CONCRETIZAÇÃO.....	45
4.1 – CONTEXTUALIZAÇÃO.....	45
4.2 – EFICÁCIA, APLICABILIDADE, EFETIVIDADE E CONCRETIZAÇÃO.....	46
4.2.1 – Eficácia.....	47

4.2.2 – Aplicabilidade.....	48
4.2.3 – Efetividade.....	49
4.2.3 – A Concretização da Constituição.....	49
4.3 – TEORIAS CLASSIFICATÓRIAS DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	55
4.3.1 – A Teoria Clássica	55
4.3.2 –Teorias Modernas.....	57
4.3.2.1 –Teorias Italianas.....	57
4.3.2.1.1 –A Contribuição de Azzaritti.....	57
4.3.2.1.2 –A Contribuição de Crisafulli.....	58
4.3.2.1.3 –A Contribuição de Pierandrei.....	59
4.3.2.2 - Destaques Brasileiros Acerca da Classificação.....	60
4.3.2.2.1 - A Classificação de José Afonso da Silva.....	60
4.3.2.2.2 - A Classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Brito.....	62
4.3.2.2.3 - A Classificação de Celso Antonio Bandeira de Melo.....	63
4.3.2.2.4 - A Classificação de Maria Helena Diniz.....	64
4.3.2.2.5 - A Classificação de Luís Roberto Barroso.....	65
4.4 – O PROBLEMA DA CONCRETIZAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL.	68
4.4.1 - Vícios Normativos Qualitativos e Caráter Extensivo da Constituição.....	69
4.4.2 - A Má Hermenêutica e a Inaplicabilidade da Constituição.....	70
4.4.3 – Constituição e Plasticidade.....	73
4.4.4 – A postura do Juiz Diante da Norma Constitucional.....	74
4.5 – NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À CONCRETIZAÇÃO - UMA NOVA PROPOSTA CLASSIFICATÓRIA.....	75
5 – MEIOS PROCESSUAIS DE CONCRETIZAÇÃO.....	80
5.1 – O MANDADO DE INJUNÇÃO.....	81
5.1.1 – Nascimento e Definição.....	81
5.1.2 – Aplicabilidade.....	83
5.1.2.1 – Direitos a que se destina.....	83
5.1.2.2 – Restrição e Pressupostos à sua Aplicabilidade.....	85
5.1.2.3 – Omissão Legislativa Parcial.....	86
5.1.3 – Alcance das Decisões no Mandado de Injunção.....	87
5.1.3.1 – Teorias Acerca do Alcance do Mandando de Injunção.....	87
5.1.3.2 – O Juiz e o Mandando de Injunção.....	91
5.2 – A ADIN POR OMISSÃO.....	94
5.2.1 – Nascimento e Definição.....	94
5.2.2 – Aplicação e Inaptidão.....	96
5.2.3 – Breve Comparativo.....	98
5.3 – LUÍS ROBERTO BARROSO E UMA PROPOSTA MAIS COERENTE.....	100
6 - CONCLUSÃO.....	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	106

RESUMO

Estudo das normas constitucionais, tendo em vista a sua eficácia, partindo-se do desenvolvimento teórico e filosófico do constitucionalismo contemporâneo e adotando-se o viés da hermenêutica constitucional moderna de Konrad Hesse, Friedrich Muller e Peter Haberle, sintetizadas na obra de J. J. Gomes Canotilho. Abordagem expositiva dos diversos termos definidores da capacidade da norma constitucional de ser implementada: vigência, aplicabilidade, eficácia, efetividade, realização e concretização; bem como, nesse sentido, um estudo demonstrativo e comparativo das diversas classificações das normas constitucionais desenvolvidas pelos diversos juristas, fazendo alusão às contribuições italianas de Azzaritti, Crisafulli e Pierrandrei; e brasileiras de José Afonso da Silva, Celso Bastos, Carlos Brito, Celso Antonio Bandeira de Melo, Maria Helena Diniz e Luís Roberto Barroso. Intervenção crítica sobre o estudo da problemática apresentada para a concretização da Constituição em sua plenitude, advertindo-se sobre a função da norma constitucional e sobre a postura do interprete e do juiz diante desta. Proposição de uma classificação das normas constitucionais, identificada com a hermenêutica concretizadora e detentora de um viés filosófico voltado à idéia de Constituição como Carta Política normativa e dirigente. Abordagem crítica dos meios processuais de concretização constitucional (Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) e referência à proposta de Emenda Constitucional de autoria do professor Luís Roberto Barroso como mais coerente no sentido da maior efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos.

PALAVRAS CHAVE: Bases Teóricas Da Constituição – Constitucionalismo Moderno - Hermenêutica Constitucional – Tópica Constitucional - Concretização Constitucional – Eficácia e Efetividade das Normas - Mandado de Injunção – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Classificação Das Normas Constitucionais.

1- INTRODUÇÃO

A presente monografia versa sobre teoria da aplicação das normas constitucionais sob uma ótica da máxima efetividade da Constituição, pensando-se esta como carta política normativa e dirigente. Nesse sentido apresentam-se diversas teorias de Direito Constitucional, no escopo de estabelecer uma reflexão crítica a respeito da verdadeira natureza das normas constitucionais, as quais consubstanciam-se como essência da sociedade e do Estado de Direito Democrático.

No dizer de Ferdinand Lassale¹, a Constituição não pode se resumir a uma folha de papel, claro que extensa como é a nossa Constituição, jamais poderia ser chamada de uma, mas sim de um conjunto vultoso de folhas de papel, o que, se fosse o caso, não lhe traria qualquer mérito a diferenciá-la daquilo que Lassale desdenhava. Uma ou centenas, não faz diferença, se ineficaz for, a carta constitucional só será magna no faz de conta, como uma rainha inglesa, que reina, mas não governa. Uma constituição assim: diria, mas não faria; determinaria, mas não se faria cumprir; criaria, mas não faria nascer.

Imagine-se uma Constituição que possuísse somente normas de eficácia limitada, por exemplo, tomando de empréstimo a classificação do Professor José Afonso da Silva; essa seria uma Constituição manca, incapaz, inepta e dependente da boa ou da má vontade do legislador infraconstitucional. Nossa Constituição não é assim; e não pode o interprete fazer com que ela seja assim. Por isso é que o presente trabalho monográfico se coloca pela defesa da constituição como instrumento eficaz na proteção e implementação dos direitos do cidadão e não como peça meramente ornamental.

Nesse sentido, traça a monografia, no primeiro capítulo, um estudo que parte das bases teóricas do Direito e do Direito Constitucional comparados com a contemporaneidade social. Destarte abordam-se os temas da sociologia contemporânea e do desenvolvimento do Direito desde as teorias do Direito Natural, Junsnaturalismo, Jusnaturalismo Racionalista e Positivismo Jurídico até o

¹ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Rio de Janeiro: Laemert, 1969.

desenvolvimento da teoria crítica do Direito e o nascimento do Constitucionalismo Moderno.

No segundo capítulo aborda-se o tema da hermenêutica constitucional tendo em vista a plenitude das idéias do Constitucionalismo Moderno, trazendo-se à colação as características hermenêuticas diferenciadas das normas constitucionais e as diversas teorias da hermenêutica voltada ao Direito Constitucional. Faz-se uma rápida abordagem das técnicas clássicas de interpretação, partindo-se para o estudo dos métodos científico-espiritual, tópico e concretista, este mais detidamente, com as contribuições de Hesse, Muller e Haberle, abordando-se, ainda neste capítulo, os princípios aplicáveis à hermenêutica constitucional, tendo em vista o caráter normativo e dirigente da constituição. Ao final do capítulo faz-se referencia crítica e expositiva de algumas técnicas atuais de interpretação da Constituição, aludidas pelos contemporâneos juristas e utilizadas, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal.

Com o subsídio teórico dos primeiros capítulos propedêuticos parte-se, ao terceiro capítulo, para o estudo das normas constitucionais e de sua potencialidade de concretização fazendo-se, após uma breve contextualização, uma diferenciação técnica entre os diversos termos utilizados para a identificação do processo de implementação das normas constitucionais como vigência, aplicabilidade, eficácia, efetividade, realização e concretização. Neste ponto se faz também um apanhado do desenvolvimento das teorias classificatórias das normas constitucionais, abordando-se as classificações clássicas e modernas, passando-se pelos estudos de Azzaritti, Crisafulli e Pierandrei, do Direito italiano, e dos autores brasileiros José Afonso da Silva, Celso Bastos, Carlos Brito, Celso Antonio Bandeira de Melo, Maria Helena Diniz e Luís Roberto Barroso.

Dispostas as diversas teorias classificatórias das normas, se faz uma análise crítica da problemática da aplicação plena das normas constitucionais, abordando-se a questão da extensão constitucional, da interpretação das normas programáticas e definidoras de direitos em que a carta magna chama a regulamentação de lei infraconstitucional, da hermenêutica a ser aplicada para a efetivação destas normas,

da característica de plasticidade da constituição e da postura do interprete, sobretudo, do juiz diante da norma constitucional.

Ao final do terceiro capítulo, se propõe uma classificação das normas constitucionais quanto à aplicação e se opta por uma teoria familiarizada com a hermenêutica concretizadora e com a idéia de constituição normativa e dirigente.

Por fim chega-se ao quarto e último ponto da monografia, em que se propõe tratar dos meios processuais existentes voltados à concretização e aplicação da Constituição, porém, de forma não tanto pormenorizada aos aspectos estritamente processuais, mas sim, voltando-se o estudo dos institutos do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, para a face crítica e correlacionada com o direito material.

Trata-se rapidamente do nascimento e da definição de ambos institutos, tecendo-se comentários sobre sua aplicabilidade, objeto, direitos a que se destinam e sobre a postura do juiz diante dos instrumentos. Ao final se estabelecem linhas de comparação entre tais institutos, volvendo-se ao cabo da monografia à alusão à proposta de Emenda Constitucional do Professor Luís Roberto Barroso, considerando-a como mais coerente, diante da realidade atual de aplicação das normas constitucionais.

2- AS BASES DO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.

2.1 - DIREITO CONSTITUCIONAL E CONTEMPORANEIDADE.

A época em que se vive atualmente é uma era de inter-relações cada vez mais rápidas e inusitadas. Vive-se hoje o que se chama de era da velocidade, em que há uma constante troca de informações entre pessoas e Estados. Este câmbio digital se dá de forma quase que simultânea, processo que se costuma chamar de informação em tempo real. Tudo isso em razão do advento das novas tecnologias que apresentam a cada dia uma capacidade mais e mais rápida de evolução.

Tem-se como presente hoje o império da imagem a generalização cultural oriunda da mistura de diferentes povos através dos meios de comunicação numa espécie de imbricação cultural. Ocorre hoje uma espécie de sucumbência da racionalidade frente à complexidade do mundo e à diversidade massificada. Tudo que é superficial passa a preferir a tudo que é mais profundo, posto que se tem hoje a impressão de se ter todas as informações à disposição, mas não se quer nada. Vive-se hoje a angústia de não se poder ser aquilo que se vê. Vive-se hoje uma era sem verdades, onde aparentemente todas as ideologias acabaram. No dizer de Claudia Lima Marques trata-se de uma época aparentemente do *pós-tudo*². Alguns houveram por bem chamar a isto de pós-modernidade, expressão controversa, posto que se trata de vernáculo o qual tenta simbolizar uma era de ceticismo, em que não há mais o racionalismo, mas uma espécie de esvaziamento teórico, que se constitui em potencial germe da derrocada da segurança jurídica e possivelmente do modelo atual de Estado.³ No Brasil todo este plexo de acontecimentos vai desembocar no desenvolvimento de um novo constitucionalismo.

Portanto, residente nesses fatos, está a importância da análise histórica, conjuntural, teórica e filosófica dos fatores preponderantes para o desenvolvimento do sistema constitucional atual. Não se poderia deixar de fazê-lo, sob pena de tornar a presente monografia incompleta. Posto que, não se pode interpretar a constituição

² MARQUES, Cláudia Lima. *A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*, in Cidadania e Justiça. n. 6, 1999.

³ Em razão de o presente trabalho não tratar do tema da pós-modernidade, bem como para não se estender por demasiado em tema dispar em relação ao propósito da presente pesquisa, não será tratada a fundo de aludida questão, deixando apenas claro que não se opta pela existência de uma pós-modernidade.

e, portanto, ter a pretensão de se falar da eficácia das normas constitucionais sem antes entender o arcabouço teórico-filosófico da Constituição de 1988. Nesse sentido seguem-se os ensinamentos de Konrad Hesse que diz que *"el intérprete no puede captar el contenido de la norma desde un punto cuasi arquimédico situado fuera de la existencia histórica sino únicamente desde la concreta situación histórica en la que se encuentra, cuya plasmación ha conformado sus hábitos mentales, condicionando sus conocimientos y sus pre-juicios"*⁴.

Assim se vislumbra no atual cenário internacional uma verdadeira relativização do conceito de soberania. Com efeito, as fronteiras cedem à mercancia internacional e ocorre a já conhecida formação dos grandes blocos políticos-econômicos, como a União Européia e a futura ALCA. Aliado a isto se vive uma crescente intensificação da circulação de pessoas, mercadorias e de dinheiro. Assim se configura a mais atual faceta do Capitalismo, a chamada globalização, que consigo, e junto com a aproximação cultural das nações, traz cada vez mais desigualdades e competição entre países e blocos. Nesse sentido explica Manuel Castells em memorável obra sociológica, prefaciada em sua versão brasileira pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso:

"Praticamente todos os países tem que conduzir suas economias tanto em cooperação quanto em concorrência com os demais, embora seja improvável que o ritmo de suas sociedades e políticas estejam sincronizados com suas iniciativas econômicas. Portanto, concorrer é fortalecer a posição relativa com a finalidade de adquirir maior poder de barganha no indispensável processo de negociação em que todas as unidades políticas devem ajustar suas estratégias em um sistema interdependente."⁵.

Dentro deste cenário internacional de grandes inovações tecnológicas, a ordem mundial continua, na realidade, como outrora, fundamentada no desequilíbrio entre pobres e ricos. No âmbito individual, só participam das benesses advindas da Globalização aqueles que podem pagar por elas. No âmbito internacional os países em desenvolvimento continuam a estarem sujeitos aos velhos países imperialistas.

⁴ HESSE, Konrad. *La Interpretación Constitucional. In: Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1983. p. 44.

⁵ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede. A era da Informação: economia, sociedade e cultura*. trad. Roneide Venâncio Majer, v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 106.

Há o avanço a olhos vistos da tecnologia, entre a qual têm papel preponderante a informática, a *Internet* e os avanços na área da saúde com os estudos da engenharia genética.

A cada dia é preciso se ter mais qualificação para se conseguir um lugar no mercado de trabalho e esse fato torna mais severas as exigências quanto à escolaridade e competência, tornando cada vez maior a competição e ampliando sobremaneira a exclusão social daqueles que não tem acesso ao ensino de boa qualidade.

No âmbito da política, vive-se o enfraquecimento da atuação estatal em prol da diminuição das desigualdades e da promoção da justiça social. O Estado é tido como incapaz de suprir as necessidades dos cidadãos e com isso descamba a idéia da desestatização, restando ao Estado a função apenas de regulador ou mero observador das relações privadas, da geração de lucro e da tão prestigiada competitividade.

No campo do direito, por sua vez, se vislumbra, ante a realidade conjuntural que se apresenta, um crescente desprestígio da lei e da constituição, não se dá mais a devida importância à proteção das liberdades individuais e nem na intervenção estatal em benefício da isonomia. Os estados estão preocupados com a governabilidade e não mais com os governados.

A marca do direito contemporâneo é a criação de cada vez mais microssistemas e a diminuição das codificações, as quais se destacaram como característica da modernidade. Outro aspecto importante do Direito atual é a cada vez maior obediência à lei do mercado, em que caem as fronteiras, fazendo com que o mercado passe a ser regulado por regras internacionais, ou seja, advindas de fora do estado o qual a elas se sujeita, numa clara relativização da soberania nacional. Nesse sentido criam-se novos instrumentos normativos e jurisprudenciais como os juízos arbitrais, as regulamentações confeccionadas por convenções ou acordos entre classes e a adoção de princípios gerais comuns às legislações dos diversos países.

Junto com a relativização da soberania, sucumbem também outros conceitos como o da segurança jurídica e do direito adquirido, posto que passam a imperar as interpretações pragmáticas e imediatistas, e pior, interpretações estas que passam a ter força de lei como é o caso, no Brasil, da Súmula Vinculante, instaurada pela Emenda Constitucional 45/2005, alias, em que apenas se efetivou uma tendência existente antes da edição da referida emenda, posto que a palavra do Supremo Tribunal Federal já era tida como lei, sendo cumprida com muito mais rigor do que a própria lei advinda do processo legislativo. Numa espécie de atropelo hermenêutico, então, o STF tolhe o livre convencimento dos Juizes e Tribunais inferiores.

Nesse sentido observa-se que a lei abstrata já não se faz suficiente para fazer frente aos anseios sociais. Saímos do paradigma moderno da lei, passamos pelo paradigma do juiz e hoje se vive o paradigma do caso concreto, e a tópica assume papel importante nos momentos em que há a necessidade de aplicação do direito.

A vida social produz problemas que a norma abstrata não é capaz de prever e que o juiz não pode se escusar de solucionar. Nesse sentido, ao se aplicar uma norma a um caso como estes, se estará reformulando e ampliando conceitos jurídicos do sistema. A ciência jurídica constrói conceitos que vão sendo ampliados e renovados na medida em que entram em contato com os casos concretos. Tais conceitos têm seu conteúdo axiológico iluminado pelo que se entende por justiça e são revelados perante problemas individualizados. A maior evidência de que há transformação no catálogo tópico do direito – e de que ele existe e estrutura um sistema tópico – está nas transformações de entendimentos jurisprudenciais em matérias que não foram objeto de alterações legislativas. Conforme leciona Paulo Roberto Soares Mendonça:

“Ao defender o raciocínio jurídico fundado na solução de problemas, a tópica nada mais está fazendo do que ressaltar o papel da argumentação na formulação das instituições de direito. A prática do direito adquire, então, grande importância, por que o aspecto pragmático da linguagem jurídica irá exatamente ter a sua maior expressão na atividade dos tribunais, que é voltada essencialmente à busca de soluções para os casos concretos”⁶.

⁶ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003. p. 217.

Assim, numa análise conjuntural, se mostra o semblante do sistema jurídico brasileiro, em que se observa um atropelo histórico de um país que chega ao que alguns chamam de pós-modernidade, expressão, frise-se, não acolhida no presente trabalho, mas em fim, chega à contemporaneidade e a todo esse emaranhado de novas relações, sem ao menos ter tido a real experiência do Estado Liberal, tampouco do Estado Social, posto que, em razão de sua realidade histórica, o Brasil costumeiramente tarda a absorver novas tendências. Cabível neste ponto as ponderações de Luís Roberto Barroso:

O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto –, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa⁷.

2.2 – DO JUSNATURALISMO AO POSITIVISMO JURÍDICO.

2.2.1 – Direito Natural, Período Clássico e Jusnaturalismo.

Um dos conceitos mais aceitáveis de Direito desenvolvido ao longo do estudo desta área do conhecimento é o de instrumento humano histórico-cultural consubstanciado na composição de conflitos inter-relacionais no escopo da paz social e na segurança jurídica. Naturalmente que esta idéia tem bases no direito da antiguidade clássica, em que este estava fundado nas relações privadas. Nesse sentido é possível afirmar que no direito romano o que estava em evidencia, ocupando o ponto central dentro do sistema jurídico, era o que hoje se entende como direito privado.

Os institutos do direito romano tiveram preponderante importância, pois seus conceitos foram os embriões de todo o sistema jurídico de direito privado existente nos dias de hoje, tanto é verdade, que a disciplina do Direito Romano faz parte até hoje dos currículos jurídicos das universidades do país. Foi na época clássica que

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)*, in GRAU, Eros Roberto e CUNHA da, Sérgio Sérulo (coord), *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 26.

começou a ser desenvolvida a noção de direito natural, porém, era, naquela época, o direito comum, concebido como o direito positivo local, que prosperava sobre aquela dada sociedade. Nesse sentido explica Norberto Bobbio:

“... na época clássica o direito natural era concebido como” direito comum “(koinós nómos conforme designa Aristóteles) e o positivo como direito especial ou particular de uma dada civitas; assim, baseando-se no princípio pelo qual o direito particular prevalece sobre o geral (“lex specialis derogat generali”), o direito positivo prevalecia sobre o natural sempre que entre ambos ocorresse um conflito...”⁸.

Está-se a tratar do início da chamada doutrina do jusnaturalismo, uma das mais relevantes correntes filosóficas do Direito, fundada na existência de um *direito natural*. Segundo a doutrina do Jusnaturalismo há, na sociedade, um conjunto de valores legítimos, cuja origem não está na norma estatal e não depende, portanto, do direito positivo. O Direito natural tem validade em si e está legitimado por uma ética superior, a qual impõe limites ao próprio estado. No dizer de Cícero o direito natural consistia “a razão reta, conforme a natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem”⁹. Tem aplicação ao longo da história e chega a ter sua importância até os dias atuais.

O Jusnaturalismo, portanto, já marcava sua existência no período clássico. Porém o auge do seu desenvolvimento se deu na Idade Média, sobretudo, tendo em vista, primeiramente, os aspectos de se constituir numa lei estabelecida pela vontade de Deus; e, em segundo lugar, a de ser uma lei ditada pela razão. O principal representante deste período do Direito Natural foi Santo Tomás de Aquino o qual desenvolveu o mais influente sistema filosófico e teológico da Idade Média, o chamado “tomismo”. Em sua obra principal a Summa Teológica, estabeleceu a separação entre a fé e a razão, pregando ser a lei um ato de razão e não de vontade, distinguiu quatro espécies de leis: uma lei eterna, uma lei natural, uma lei positiva humana e uma lei positiva divina.¹⁰

⁸ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 25.

⁹ CICERO, Marco Túlio. *Da república*. São Paulo: Ediouro, SA. p. 100.

¹⁰ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 144 ss.

2.2.2 – Jusnaturalismo e Jusnaturalismo Racionalista.

Na passagem, então, do período clássico conhecido como antiguidade clássica para o estado moderno, ainda na chamada idade média, ocorre uma inversão na situação narrada por Norberto Bobbio, conforme exposto, pois neste período como pondera o autor “o direito natural é considerado superior ao positivo”¹¹. Diante da superioridade do direito natural surge, portanto, um direito baseado no poder divino dos monarcas, vive-se a época do absolutismo, no qual a vontade do soberano é a própria lei, soberano este que justificava suas decisões na origem divina de seu poder.

O jusnaturalismo moderno, conhecido como racionalista, por outro lado, formou-se a partir do século XVI, no escopo de superar o dogmatismo medieval e fugir ao ambiente teológico em que se desenvolveu. Ocorre com esta corrente de pensamento uma ênfase na natureza e na razão humanas, prescindindo-se da origem divina das normas. O jusnaturalismo racionalista é tido como um dos marcos identificadores do início da Idade Moderna.

A reforma protestante, a formação dos Estados Nacionais e a chegada dos europeus à América, são acontecimentos do século XVI, que mudam o clima e os ventos em relação ao direito fundado na dogmática religiosa. É o tempo da expansão, do conhecimento, renasce a razão e os ideais de liberdade, confrontando-se estes, diretamente, com o absolutismo.

O jusnaturalismo racionalista passa a ser a filosofia natural do Direito e associa-se ao iluminismo no rompimento com o antigo regime, propiciando uma doutrina, jurídico-filosófica, que deu luz às idéias de tolerância religiosa e da limitação ao poder estatal, tudo de que na época necessitavam os burgueses, com suas corporações de ofício, para que pudessem iniciar sua caminhada ao poder.

Surge a crença de que o homem é detentor de *direitos naturais*, como integridade física e liberdade; direitos estes que deveriam ser respeitados e protegidos pelo Estado. Estes pensamentos consistiram no desencadear das

¹¹ BOBBIO, Norberto. op cit. p. 25.

revoluções liberais e fundamentaram as doutrinas individualistas que se contrapuseram ao absolutismo.

Segundo Plauto Faraco de Azevedo o jusnaturalismo racionalista teve muitas contribuições para o progresso do direito, diz o autor:

“Dentre muitas, devem-se enumerar a liberdade de movimento e de vocação profissional; o início de uma era de liberdade espiritual e religiosa; a eliminação da tortura e a humanização da pena, no Direito Penal; o fim dos julgamentos por bruxaria; a busca da segurança legal para todos e o estabelecimento do princípio da igualdade perante a lei; a elaboração dos princípios gerais do direito internacional.”¹².

Dentre as mencionadas revoluções liberais destacam-se a dos ingleses, cuja Revolução Gloriosa foi concluída em 1689, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776, a Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

Desta última gerou-se posteriormente uma clara união entre a doutrina do jusnaturalismo racionalista com o iluminismo. No século XVIII, então, com a criação do Código Civil Francês, o Código de Napoleão, de 1804, precursor da busca pela clareza, unidade e simplificação, no qual incorporou-se à tradição jurídica romano-germânica a elaboração de códigos, nasce na França e escola da Exegese, com a idéia de perfeição do sistema normativo, o uso do método literal e o legalismo, no qual dever-se-ia prestigiar uma hermenêutica da vontade da lei “mens legis”. Na Alemanha a expressão deste pensamento foi representada pela Escola Pandectista, que rejeitava abruptamente o jusnaturalismo e buscava a possível intenção do legislador “mens legislatoris”¹³. Neste momento histórico passaria a se impor um apego ao texto e aos métodos tradicionais de interpretação gramatical, histórica, teleológica e etc. cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra.

¹² AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e Contexto Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 101.

¹³ Por não tratar do tema específico da presente monografia, preferiu-se não adentrar a fundo no estudo das escolas hermenêuticas clássicas, como a Escola Analítica de Jurisprudência, Escola Histórica, Teleológica, bem como as escolas contemporâneas. A esse respeito conferir MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

O jusnaturalismo racionalista foi o verdadeiro germe para a derrocada do absolutismo, que culminou com as revoluções francesa e americana, fundadas nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, fazendo surgir, assim, sobretudo no século XIX, o Estado liberal e, no que concerne ao Direito, fazendo-se consolidar a doutrina do positivismo jurídico. Nesse sentido esclarece Bobbio que *“considerar a ordem, a igualdade formal e a certeza como valores próprios do direito representa uma sustentação ideológica a favor do Estado Liberal e não do Estado Totalitário”*¹⁴.

O advento do Estado liberal, portanto, constituiu-se na consolidação dos ideais constitucionais em documentos escritos e representou a superação histórica do jusnaturalismo, pois, no século XIX, os ideais representados na idéia dos direitos naturais, já haviam se incorporado ao direito positivo, através das constituições e dos códigos.

2.2.3 – O Positivismo Jurídico.

Nesse momento histórico surge a idéia da lei como expressão da razão e se dissemina a idéia do Direito como ciência. Tem-se o Estado como fonte centralizadora do poder e, conseqüentemente do Direito. Formula-se um sistema jurídico com pretensão de completude e auto-suficiência, em que as aparentes lacunas seriam supridas internamente pelo próprio sistema, através do costume, da analogia e dos princípios gerais do direito. Assim se desenvolve a dogmática jurídica, doutrina totalmente voltada à lei, ao chamado direito positivo.

O positivismo nasce, portanto, da idealização da supremacia do conhecimento científico. Neste momento chega-se a um patamar em que se evidencia o apego à racionalidade e à previsibilidade, de forma que o caráter científico do conhecimento é o que o torna válido.

As teses fundamentais do positivismo sob o ponto de vista filosófico, de forma resumida, posto que não é o tema central do presente trabalho, podem ser expressas da seguinte forma: a) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração; b) o conhecimento

¹⁴ BOBBIO, Norberto. Ob. Cit., p. 236.

científico é objetivo. Funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos; c) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais.

Do ponto de vista jurídico, O positivismo teve a pretensão de criar uma ciência do direito, ciência esta que deveria possuir as mesmas características metodológicas das ciências naturais. Nesse sentido dever-se-ia buscar a objetividade, enfatizando-se a realidade palpável, observável, em detrimento das análises meramente axiológicas ou morais. Para o positivismo jurídico o direito é norma e a ciência do direito deveria fundar-se em fatos e normas e, portanto, na realidade como algo cognoscível, nunca em valores, os quais consistiriam em inferências do sujeito na realidade. Assim, não seria função do direito aferir acerca da justiça, mas tão-somente estudar a aplicar as normas. Como esclarece Bobbio, *"a ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade"*¹⁵.

Obviamente o positivismo, como é natural nas teorias filosóficas, teve variações de entendimento, como, por exemplo, nas correntes do positivismo legalista, do positivismo histórico, positivismo sociológico e do positivismo conceitual. Contudo a teoria de maior envergadura, sem duvida foi a desenvolvida por Hans Kelsen. A principal obra de Kelsen foi a *Teoria pura do direito*, de 1934, com ampliações em 1960. Sob a luz deste marco teórico e de forma simplificada, podem-se ter como características essenciais do positivismo jurídico as seguintes: a) a similitude quase total entre Direito e norma, diz-se que o direito é norma; b) o Direito como algo estatal, posto que a ordem jurídica é una e emana do Estado; c) a completude e a não existência de lacunas no ordenamento jurídico, o qual é capaz, através de seus instrumentos, de abarcar todos os fatos da vida, aqui se vislumbra a idéia de subsunção d) o formalismo jurídico, segundo o qual a validade da norma decorre do processo legislativo, não se aferindo do conteúdo da norma.

¹⁵ Ibidem. p. 135.

Nesse sentido a hermenêutica jurídica funde-se com a idéia de simples subsunção dos fatos à norma. O juiz do positivismo jurídico, sobretudo quando se trata da escola da Exegese, é tido como “*a boca que pronuncia as palavras da lei*”¹⁶. Com fundamento na separação dos poderes, não é dado ao juiz estabelecer, em tese, qualquer postura criativa¹⁷.

Digna de nota a conclusão de Luís Roberto Barroso sobre o positivismo jurídico, destacando “*algumas das principais características do Direito na perspectiva clássica: a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete.*”¹⁸.

Observa-se que conceitualmente não se mostrou possível, ao longo do tempo, se aplicar os métodos das ciências naturais para o Direito, posto que de caráter humano e social. Ao Direito não cabe ter uma postura puramente descritiva da realidade, cabe-lhe, de outro lado, prescrever um *dever-ser* e tornar aplicável este *dever-ser*. O Direito deve atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a e nesse sentido configura-se praticamente impossível distanciá-lo dos juízos de valor. Assim prescreve Perelman que “*os conflitos de juízos de valor estão no centro de todos os problemas metodológicos criados pela interpretação e pela aplicação do direito. É por isso que a lógica jurídica é uma lógica da controvérsia.*”¹⁹.

O positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o cientista assumisse uma atitude cognoscitiva, fundamentada apenas em fatos e normas. Porém, como não poderia ser diferente, resultou numa verdadeira ideologia, movida na verdade por juízos de valor, como explicita Michael Löwy, “*o positivismo, que se*

¹⁶ MONTESQUIEU, Barão de. (Charles-Louis de Secondat) *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 176.

¹⁷ Ver-se-á mais adiante que esta não é a posição defendida por Kelsen, que afirma “*...como mostrou a Teoria Pura do Direito – de modo nenhum é apenas aplicação do Direito, senão simultaneamente também criação do Direito, a continuação do processo de produção do direito que acontece no processo legislativo (ou do Costume)*”. (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986. p. 285.)

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. op cit. p. 32.

¹⁹ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 496.

*apresenta como ciência livre de juízos de valor, neutra, rigorosamente científica, (...) acaba tendo uma função política e ideológica*²⁰.

Essa função a que se refere Löwy foi a de base para o Nazifacismo, em que se promoveram absurdos tutelados pela Lei. Costuma-se dizer que nenhum país era tão legalista quanto a Alemanha de Hitler. A decadência desses regimes, não por coincidência, ocorreu concomitantemente com o início da derrocada do positivismo enquanto teoria filosófica. Em 1945, com o final da Guerra, em meio ao testemunho de tantas atrocidades ocorridas, caiu por terra a idéia de um ordenamento jurídico desatrelado de valores éticos.

Superado historicamente o jusnaturalismo e fracassado politicamente o positivismo jurídico, era a hora de o mundo refletir acerca da função do Direito, de sua hermenêutica e de sua relação com a sociedade. No dizer de Luís Roberto Barroso, *“o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais*²¹.

Contrapondo-se ao direito tradicional, fundado na filosofia do positivismo jurídico, portanto, nasce o que se chamou de teoria crítica do direito, a qual consiste num desenvolvimento de teorias que questionam veementemente as premissas impostas pelo positivismo jurídico como a cientificidade, a objetividade, a neutralidade axiológica, a característica estatal do direito, e a pretensão de completude do sistema. O Direito, como quer a teoria crítica, não tem por objeto fenômenos que independem da atuação do sujeito.

2.3 - TEORIA CRÍTICA E CONSTITUCIONALISMO MODERNO.

2.3.1 – A Teoria Crítica.

Em meados do século XX, portanto, já não era mais possível se falar em direito sob a ótica do positivismo jurídico. No entanto não se queria um retorno às idéias jusnaturalistas, que remetiam a fundamentos abstratos e metafísicos, isto

²⁰ LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social*. 12ª ed. São Paulo: Cortez, 1998. p. 40.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. op cit. p. 43.

porque o cientificismo do Direito era tido ainda, até certo ponto, como uma boa face do positivismo. Assim não se passa à promoção de uma total desconstrução do positivismo, ao menos de início, mas sim se intenta uma inferência de valores éticos no ordenamento positivo, estes absolutamente necessários diante dos acontecimentos históricos.

Através da teoria crítica, portanto, evidencia-se o caráter ideológico e axiológico do Direito, trazendo-lhe um semblante político e social. O Direito é encarado como instrumento posto à manutenção dos interesses dominantes, como subterfúgio normativo em prol da hegemonia de classe. Nesse sentido o paranaense Luiz Fernando Coelho:

“Ora, o direito não tem um ser-em-si que se possa considerar objetivamente; ele não se autoconstitui em virtude de potencialidade ontológica, mas é permanentemente constituído pela experiência social à medida que se problematizam os conflitos sociais e respectivas soluções normativas; a essa falsa objetividade ontológica a TCD opõe o princípio da objetividade ideológica do direito, enfatizando que o ser jurídico consiste numa criação ideológica comprometida com um status de dominação e manutenção de privilégios de toda ordem.”²².

Com a aplicação da teoria crítica se busca, diante da conjuntura social, uma atuação concreta do operador do direito, a fim de que se constitua em sujeito interventor na sociedade, no sentido de cumprir um papel de intelectual transformador.

Para a teoria crítica o Direito não está apenas na lei e no poder estatal, mas nos ideais de justiça social, no fim social a que se destina todo o ordenamento. Não é concebível a idéia de um Direito puro e completo, apenas fundado no direito positivo. O estudo do direito não deve estar afastado do estudo da sociologia, da filosofia, da psicanálise, da lingüística, etc. É preciso haver a promoção da interdisciplinaridade aplicada ao Direito.

A teoria crítica se desenvolveu em diversos países e teve importantes marcos teóricos, na França com Althusser, colocando o Direito como aparelho ideológico, na Alemanha, através da Escola de Frankfurt, com contribuições de Horkheimer,

²² COELHO, Luiz Fernando, in *XVIII CONGRESSO MUNDIAL DA ASSOCIAÇÃO DE FILOSOFIA DO DIREITO E DE FILOSOFIA SOCIAL*, La Plata – Buenos Aires, 1997 (fonte: "site" oficial da Universidade Estadual do Rio de Janeiro).

Marcuse, Adorno e Habermas, em que se desenvolveu a idéia da práxis no Direito e se elaborou a identificação entre as razões instrumental e crítica.

Sobre a práxis, importante a contribuição de Luiz Fernando Coelho no sentido de que *“as categorias críticas exsurgidas dessa dialética são a práxis, que se manifesta como teoria crítica, como atividade produtiva e como ação política, e a ideologia, vista como processo de substituição do real pelo imaginário e de legitimação da ordem social real em função do imaginário”*²³.

Acerca das distinções entre os tipos de razão trata Luís Roberto Barroso, dizendo que *“os filósofos da Teoria Crítica consideram que existem, na verdade, duas modalidades da razão: a razão instrumental ou razão técnico-científica, que está a serviço da exploração e da dominação, da opressão e da violência, e a razão crítica ou filosófica, que reflete sobre as contradições e os conflitos sociais e políticos e se apresenta como uma força libertadora”*²⁴.

O Estado representante da teoria crítica, portanto, não é mais o estado liberal, mas sim o estado social ou o estado intervencionista, como explica Bárbara Freitag: *“Em sua forma mais evoluída o Estado Intervencionista passa a ser o Estado do Bem-Estar que para superar as crises econômicas faz concessões junto ao operariado, desenvolvendo políticas sociais cada vez mais abrangentes e mais sofisticadas para todas as classes assalariadas.”*²⁵

Não foi sem obstáculos históricos que a teoria crítica se desenvolveu no Brasil. Muito mais do que enfrentar os entraves de ordem ideológica, provenientes do embate entre a tentativa de implementação de um novo estado, fundado na diminuição das desigualdades sociais, e a luta pela manutenção do positivismo, houve também o antagonismo da teoria crítica com a ditadura militar, a cujos representantes interessava a manutenção da ordem positivista. Esta que, por sua vez, mostrava sua real faceta de instrumento de manutenção de hegemonia, sobretudo, nos exemplos de atuação arbitrária promovidas pelos militares.

²³ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 398.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto, *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. op. cit. p. 34.

²⁵ FREITAG, Bárbara. *A Teoria Crítica Ontem e Hoje*. 3ª ed. Brasília: Brasiliense, 1986. p. 101-102.

Chega-se, então, ao período da abertura política e da redemocratização do país. Neste ponto histórico se inicia o implemento das teorias críticas no ordenamento jurídico brasileiro e, nesse sentido, ganha importância a valorização dos princípios, os quais passam a representar um novo papel dentro do ordenamento jurídico. O pensamento intelectual em prol da emancipação e da inclusão social passa a desfrutar de posição muito mais reconfortante e naturalmente as garantias dos cidadãos devem ocupar lugar evidente no direito positivo e, sobretudo, no direito constitucional.²⁶

2.3.2 – O Constitucionalismo Moderno.

Nasce assim o constitucionalismo moderno no escopo de se aproximar o Direito da ética, dos valores da sociedade e da justiça social. Escopo este que culminará por dar ensejo à elaboração de princípios, que adquirirão presença obrigatória na Constituição. Alguns deles, em verdade, já existentes, mas que passam a ter status de observância cogente, passam a adquirir normatividade, como os princípios da liberdade, da igualdade e outros que passam a adquirir novos contornos hermenêuticos, como o princípio da separação dos poderes e o princípio do estado democrático de direito, ou do estado de direito democrático; outros que adquirem vida, como a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade, a solidariedade e a reserva de justiça, conhecido como inafastabilidade da jurisdição, este em especial, cujos contornos passam a ser muito diferentes, conforme assevera Perelman, *“o juiz tem como missão dizer o direito, mas de um modo conforme a consciência da sociedade. Por quê? Porque o seu papel é estabelecer a paz judiciária e a paz judiciária só será estabelecida quando ele houver convencido as partes, o público, seus colegas, seus superiores, de que julga de forma eqüitativa”*²⁷.

Os princípios constitucionais, portanto, passam a representar os valores sociais presentes no ordenamento jurídico. Eles refletem os postulados básicos de um dado povo, representam os fins do estado, dos quais não poderão prescindir os interpretes do sistema jurídico. Assim sustenta Luís Roberto Barroso, afirmando que *“o ponto de partida do interprete há que ser sempre os princípios constitucionais,*

²⁶ Cf. WARAT, Luís Alberto, *O outro lado da dogmática jurídica*, In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. p. 83 ss.

²⁷ PERELMAN, Chaïm. op. cit., p. 496.

*que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins.*²⁸.

Os princípios, portanto, conferem ao sistema jurídico a unidade e harmonia, tornando o sistema integrado e menos propenso a controvérsias e a colisões. O princípio deve ser o ponto de partida e o ponto de chegada do interprete. Nesse sentido pontuam-se como principais funções dos princípios: a função de condensadores dos valores da sociedade, a função de conferir unidade ao sistema jurídico e a função de condicionar a atividade do intérprete.

No Constitucionalismo moderno, pode-se dizer, os princípios ocupam o centro irradiador do sistema jurídico. Para que fosse possível se chegar a esse ponto foi necessário aos princípios se atribuírem de caráter normativo, superando-se, assim, a idéia de que seriam dotados eles de mero caráter axiológico, o qual não confere aos princípios a eficácia direta e imediata de que necessitam para serem implementados.

Modernamente, portanto, se fala em normas constitucionais em sentido lato, da qual derivam as espécies normativas dos princípios e das regras, estas de caráter mais objetivo e restrito, aqueles dotados de maior abstração e de maior importância dentro do sistema jurídico. Porém é de se deixar claro que inexistente hierarquia entre princípios e regras, posto que deve vigorar a unidade da Constituição. A diferença entre ambos institutos se dá apenas no âmbito da aplicação.

Nesse sentido, a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras e, portanto, valores jurídicos de justiça e de realização dos direitos fundamentais. Tem especial importância, nesse sentido, Dworkin, conforme relata Luís Roberto Barroso: *“A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.*²⁹.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 151.

²⁹ Idem. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*, op. cit. p. 46.

Os Princípios, portanto, são providos de uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam um norte a ser seguido. Porém é provável que tais decisões, valores ou fundamentos venham a ser divergentes quando da aplicação de diferentes princípios. Nesses casos não se pode aplicar o “*tudo ou nada*”, que normalmente seria aplicado ao se ter como objeto as regras, aferindo-se, assim, de validade. Deve-se, no caso dos princípios, se aferir do peso no caso concreto. A isso se chama *ponderação*.³⁰

A ponderação de princípios inerentes a um dado caso concreto é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Uma vez que não há critério para se definir a preponderância de um sobre o outro, deve-se, tendo em vista o caso, fazer um balanceamento, um jogo de concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado justo do ponto de vista social. Aqui assumem importantes papéis os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, este tido, sobretudo para as disciplinas processuais, como meta-princípio.

No pós-positivismo nasce, portanto, uma nova hermenêutica constitucional. Nesse sentido junto com a principiologia material desenvolve-se um apanhado de princípios instrumentais ou de interpretação constitucional, dentre os quais destacam-se: o princípio da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos emanados do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade da Constituição, da razoabilidade e da efetividade.³¹

Com a hermenêutica constitucional baseada em novos princípios reitores do caminho da interpretação, em que o interprete terá de estabelecer a ponderação de valores sociais aplicáveis a um dado caso, na verdade o que se faz é partir antes do problema existente, para, face ao caso concreto, concretizar a norma, aplicando-a, tendo em vista os valores existentes. Nesse sentido a argumentação passa a ter maior relevância na fundamentação do interprete, posto que é mais difícil fundamentar a ponderação valorativa de princípios do que a mera subsunção do fato

³⁰ Cf. ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81 ss.

³¹ Cf. BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, op. cit. cap. II.

à norma. Nesse sentido Daniel Sarmento afirma que *"no campo das relações humanas, as discussões se dão em torno de argumentos, prevalecendo aquele que tiver maiores condições de convencer os interlocutores. Não há verdades apodíticas, mas escolhas razoáveis, que são aquelas que podem ser racionalmente justificadas, logrando a adesão do auditório"*³²

O sistema, tido como sistema constitucional, portanto, passa a ser entendido como aberto e axiológico, em contraposição ao fechado e normativo do positivismo. Nesse aspecto a Constituição constitui-se em um conjunto valorativo de princípios e regras destinados a realizar os anseios sociais. A noção de abertura é presente na Constituição e evidencia a sua permeabilidade a elementos externos, sua mutabilidade, plasticidade e sua idéia contrária à completude. Como pondera Canaris: *"(O sistema jurídico) não é fechado, mas antes aberto. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou 'sistema científico', como para o próprio sistema da ordem jurídica, o 'sistema objetivo'. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais"*³³

Por fim, para que o trabalho possa se encaminhar para seu tema central, se faz necessária uma rememoração dos aspectos importantes deste item, em sumas linhas. Assim o pós-positivismo consistiu numa superação do dogmativismo, não com recurso a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso

³² SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 90.

³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 281.

concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Além dos princípios tradicionais como estado de direito democrático, igualdade e liberdade, a quadra atual vive a consolidação do princípio da razoabilidade e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana.³⁴

Diante desse novo constitucionalismo faz-se necessário que o interprete da Constituição se aproprie de novos métodos, de uma nova hermenêutica, sobretudo no que concerne a conceder às normas constitucionais, sejam normas-princípio ou normas-regra, a aplicabilidade e a extensão que lhe são devidas.

3 - HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

3.1 – NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUA INTERPRETAÇÃO.

3.1.1 – Característica interpretativa da norma constitucional.

As normas constitucionais são obviamente normas diferentes das normas infraconstitucionais. Conforme exposto ao longo presente trabalho monográfico, viu-se que é preciso tê-las como especiais e ocupantes de lugar de destaque no sistema jurídico, posto que sistema constitucional. Portanto, no que concerne à sua interpretação, ou à sua hermenêutica, devem obedecer a critérios diferentes daqueles destinados às normas infraconstitucionais. Nesse sentido feliz a ponderação de Luís Roberto Barroso no que ele chama de peculiaridades das normas constitucionais, dizendo que, *“embora seja uma lei, e como tal deva ser interpretada, a Constituição merece uma apreciação destacada dentro do sistema, à vista do conjunto de peculiaridades que singularizam suas normas. Quatro delas merecem referencia expressa a) superioridade hierárquica; b) natureza da linguagem; c) conteúdo específico; d) caráter político.”*³⁵

O fato de a Constituição ocupar lugar de maior hierarquia dentro do sistema jurídico, portanto, consiste em fundamental característica de que não pode olvidar o interprete constitucional. Será pela superioridade hierárquica da Constituição que se conferirá a ela o título de lei maior, fazendo-se, assim, estar a ela vinculado ou dela

³⁴ Cf. BARROSO, Luís Roberto, *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*, op. cit. p. 54.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. op. cit. p. 107.

dependem, todo o ordenamento jurídico de forma tal que nenhuma outra norma possa existir ou ter validade em contradição com os seus mandamentos.

Assim é a natureza da norma constitucional, notadamente de carácter principiológico, sobretudo quanto às chamadas normas-princípio, dotadas de maior abertura, maior grau de abstração e menor densidade jurídica, conforme o ensinamento de Canotilho que as coloca como *"situadas no vértice da pirâmide normativa"* ³⁶ dizendo ainda que *"as normas constitucionais apresentam, em geral, uma maior abertura (e, conseqüentemente, uma menor densidade) que torna indispensável uma operação de concretização na qual se reconhece às entidades aplicadoras um 'espaço de conformação' ('liberdade de conformação', discricionariedade') mais ou menos amplo."* ³⁷.

Logo, pode-se dizer que as normas constitucionais fogem à natureza comum das normas infraconstitucionais. Posto que estabelecem competências, definem organização estatal, instituem direitos e garantias fundamentais e criam programas a serem seguidos pelos entes estatais, ou seja, não apenas prescrevem condutas. Nesse sentido afirma Maria Helena Diniz, que *"a norma constitucional não rege todo o fazer, todo e qualquer comportamento humano, nem mesmo concede pautas ou critérios que assinalam os limites de sua incidência ao cidadão comum, por ser uma diretiva ao órgão com competência normativa"* ³⁸. Têm, portanto, a função precípua de estruturar o Estado, regular os direitos fundamentais e as respectivas garantias e indicar os valores a serem preservados e os fins sociais a serem atingidos.

Quanto ao carácter político das normas contidas na Constituição, este é evidente, tendo em vista sua origem no processo legislativo democrático da instauração de Assembléia Nacional Constituinte, em que se imbuíu a carta constitucional de valores políticos, posto que era o que necessitava a época histórica em que se vivia. A Constituição é, indubitavelmente, uma carta política. No dizer de Canotilho, *"a interpretação das normas constitucionais deve ter em conta a especificidade resultante do facto de a constituição ser um estatuto jurídico do*

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1989. p. 147.

³⁷ Ibidem. p. 147.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus Efeitos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 13.

político.³⁹. Segundo Pontes de Miranda trata-se a Constituição de um *"conjunto de regras jurídicas onde as forças políticas encontram o seu leito, o seu equilíbrio"*.⁴⁰. Isso quer dizer que as normas constitucionais resultam de um poder político fundamental, o chamado poder constituinte originário, vinculando juridicamente o fenômeno político social e determinando limitações e conseqüências de concretização para o conjunto de instituições existentes na sociedade.

3.1.2 – A interpretação da Constituição.

Cabível se introduzir a este ponto com a ponderação do Argentino Rodolfo L. Vigo, que afirma em sua obra *Interpretación Constitucional*:

“La norma no es más que el sentido resolutivo que el jurista constituye en la comprensión, a la luz del caso que debe resolver, pero ese proceso de comprensión nunca es “puro” o plenamente “objetivo” sino que se parte de una “comprensión previa”, de “prejuicios”, “predeterminación” o “expectativa de sentido”. Esta situación desde la cual el jurista parte, no es um mero fenómeno individual, sino que principalmente representa las características de la sociedad y la cultura conformadas y estabilizadas a lo largo de la historia. La lectura de un “texto” se hace desde um “contexto”.⁴¹

É sob este ponto de vista que se deve entender o processo hermenêutico, cuja importância está no fato de nem todas as normas conterem o pronto entendimento somente com sua leitura. Assim afirma Lênio Streck:

“As palavras da lei são constituídas de vagasas, ambigüidades, enfim, de incertezas significativas. São, pois plurívocas. Não há possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico. Basta, para tanto, ler a Constituição Federal ou qualquer dispositivo de um Código para perceber as múltiplas possibilidades interpretativas que se abrem ao usuário/operador do Direito.”⁴².

Interpretar a Constituição, portanto, consiste em compreender as normas nela existentes, investigar e ser capaz de num trabalho prospectivo revelar o seu verdadeiro conteúdo, estabelecendo-se assim o alcance e a aplicabilidade das normas constitucionais, tendo em vista o caso a que se pretende aplicá-las. Segundo Canotilho, *“interpretar as normas constitucionais significa (como toda a*

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit. p. 146.

⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 296.

⁴¹ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 224.

⁴² STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 51.

*interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional.*⁴³. Afirma ainda o jurista que os aplicadores da Constituição deverão: “(1) encontrar um resultado constitucionalmente justo através da adopção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamentar este resultado também de forma racional e controlável.”⁴⁴

Canotilho, em sua amplamente estudada obra, quanto ao tema da interpretação constitucional, trata acerca dos pontos de vista teórico-político, teórico-jurídico, metódico e lingüístico da interpretação constitucional: o primeiro, teórico-político, diz respeito ao já aludido carácter político das normas constitucionais; o segundo, teórico-jurídico, leva em conta a norma constitucional à luz do sistema jurídico, sobre o qual ocupará um lugar de destaque e de superioridade; sob o terceiro aludido ponto de vista, o metódico, se quer que a interpretação constitucional se utilize de métodos específicos “*modos ou regras de densificação*”⁴⁵; por fim, o ponto de vista lingüístico, que, para o autor, tem um viés de filosofia da lingüística, posto que deve ser ampla e profundamente investigado, como afirma Canotilho: “*a interpretação refere-se sempre a normas reveladas por enunciados lingüísticos, e não a qualquer intenção ou vontade da lei (mens/voluntas legis) ou do legislador (mens/voluntas legislatoris); (...) é uma atividade condicionada pelo contexto, pois efectua-se em condições sociais historicamente caracterizadas, produtoras de determinados usos lingüísticos, decisivamente operantes na atribuição do significado.*”⁴⁶

Em suma, a interpretação constitucional consiste num processo intelectual por meio do qual enunciados lingüísticos que compõem a constituição transformam-se, por processo mental concretizante do interprete, em normas, adquirindo conteúdo inteligível com força cogente e normativa. Portanto, preponderantemente no que concerne à aplicação dos direitos fundamentais, utiliza-se a hermenêutica constitucional de princípios próprios, aplicáveis especificamente às normas de carácter principiológico. De se frisar que, mesmo no que concerne à interpretação de

⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 145-146.

⁴⁴ Ibidem. p. 146.

⁴⁵ Ibidem. p. 148.

⁴⁶ Ibidem. p. 148.

regras de simples subsunção, existem diversos problemas interpretativos enfrentados pelos aplicadores do Direito; por claro, esses problemas se asseveram quando se está diante de normas dotadas de maior abstração como são algumas normas constitucionais, por isso a importância de se ter métodos específicos para interpretação destas normas, estes que serão mais amiúde estudados no ponto seguinte.

Por fim a ponderação que deveria sempre ser seguida pelos interpretes do Direito, proposta por Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz:

“Um dos problemas fundamentais que se coloca é a relação dialética entre o intérprete e a norma, já que, no momento da interpretação, a sua subjetividade, inexoravelmente, será transportada para o sentido que ele lhe atribuirá; subjetividade essa que encontra um limite no próprio ser da norma e, em última análise, em seu enunciado lingüístico, cujo sentido não pode ser desconsiderado. Se, nesse processo, é fundamental a idéia de ordem, ou seja, de coerência sistemática interna perante as diversas opções axiológicas que se abrem ao intérprete, é necessário também destacar que ele deverá optar pelo sentido que mais seja adequado à própria razão de ser ou objetivo prático a que ela se destina.”⁴⁷

3.2 – MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.

Ao se abordar o tema da hermenêutica constitucional, uma vez entendida a norma constitucional como norma de interpretação peculiar, conforme restou claro no item anterior, se faz absolutamente necessário estudar os métodos de que se valem os intérpretes da constituição para fazerem valer as suas normas. Nesse sentido opta-se presentemente por dividir estes métodos em: Clássico, Integrador, Tópico e Concretista.

3.2.1 – Os métodos clássicos.

Os chamados métodos clássicos de interpretação constitucional constituem-se em herança da doutrina de Friedrich Karl von Savigny quanto à interpretação das normas de um modo geral. Tais métodos não constituem o viés hermenêutico do presente trabalho, uma vez que o que se pretende é a adoção de métodos de hermenêutica condizentes com a contemporaneidade. Porém, deve-se reconhecer a

⁴⁷ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte : Andamentos, 1998. p. 233.

importância dos métodos clássicos de interpretação, posto que, conforme afirma Paulo Bonavides, *“exerceram um influxo inovador mínimo com respeito ao alargamento material da Constituição, por se prenderem de preferência aos quadros fechados da norma jurídica,”*⁴⁸ isto é, por ter bases no positivismo jurídico, os métodos clássicos de interpretação buscam dentro da própria norma o seu conteúdo, razão pela qual as constituições tiveram, ao longo do tempo, de se fazer cada vez mais dotadas de normas de aspecto material.

O professor Canotilho chama de método jurídico de interpretação constitucional aquele o qual se utilizaria dos elementos clássicos de hermenêutica propostos por Savigny, segundo Canotilho, *“o sentido das normas constitucionais desvenda-se através da utilização como elementos interpretativos: (i) do elemento filológico (= literal, gramatical, textual); (ii) do elemento lógico (= elemento sistemático); (iii) do elemento histórico; (iiii) do elemento teleológico(= elemento racional); (iiiii) do elemento genético.”*⁴⁹.

Já o professor Paulo Bonavides afirma que *“dos métodos tradicionais de interpretação brotaram métodos modernos como o lógico-sistemático, o histórico-teleológico e o da escola pura do direito, volvidos todos primeiro para o espírito do que para a letra da lei.”*⁵⁰. O primeiro diria respeito à aplicação do texto de dada norma tendo em vista o todo do ordenamento normativo, tratar-se-ia, portanto, da aplicação dos elementos filológicos juntamente com os elementos lógicos ou sistemáticos de que trata o professor Canotilho; o segundo, por sua vez, tem como escopo analisar a norma sob a luz do ambiente ou contexto em que se deu a sua vigência, bem como tendo em vista o fim a que se destina a norma; constituindo-se, portanto, como composição dos métodos histórico e teleológico; por fim o método da escola pura, de Kelsen, que representa um avanço na teoria da hermenêutica, posto que admite o processo interpretativo como um ato de vontade, por isso também é chamada esta teoria de teoria voluntarista. Não se pode, portanto, reduzir a teoria pura de Kelsen a uma singela idéia de que direito é apenas norma. Na realidade seus estudos vão além disso, como afirma Bonavides, *“para Kelsen e a Teoria Pura*

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 425.

⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 150.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 405.

*do Direito, é mais um ato de vontade que de cognição e quando o juiz se decide por uma das diversas possibilidades interpretativas, essa eleição ou preferência se dá fora da esfera teórica, no âmbito da política do direito.*⁵¹

Por fim é de se concluir que representam papel importante os métodos hermenêuticos clássicos para que se dê a aplicabilidade ou concretização das normas, sobretudo no que concerne às normas constitucionais. É de se lembrar que, até a Constituição de Weimar, vivia-se o ápice das constituições normativas, dotadas de caráter formal, fruto da idéia do Estado liberal, em que se tinha um Direito Constitucional de sistema fechado, com pretensões de ser muito mais jurídico e dogmático do que político ou social. O caráter tecnicista estava acima do ideológico, e o científico acima do filosófico.

Contudo, a partir do advento do chamado Estado Social, as constituições assumem o papel de pactos fundadores de sociedades pluralistas, nascidas de interesses antagônicos entre diversos grupos sociais. Assim surge uma nova idéia de interpretação constitucional, não mais voltada à vontade do legislador ou da lei, mas à vontade do interprete, no sentido de se aproximar o direito da sociedade. Os modernos métodos de interpretação constitucional, portanto, caracterizam-se pelo abandono do formalismo clássico e pela construção de uma hermenêutica de natureza material. Segundo Paulo Bonavides: *"a moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal que tanto prosperou na época do Estado liberal."*⁵² Estes métodos podem ser definidos em três categorias a) método integrativo ou científico-espiritual; b) método tópico; c) método concretista, este representado por três autores que o defendem com sutis diferenciações, quais sejam, Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle. O professor Canotilho, acertadamente, atribui o método concretizador a Hesse e chama o método proposto por Muller de normativo-estruturante.⁵³ Em que pese a correção dos estudos do jurista português, opta-se, oportunamente e didaticamente, por mencionar à frente os métodos tidos como de características concretizadoras propostos por Muller, Hesse e Häberle.

⁵¹ Ibidem. p. 411.

⁵² Ibidem. p. 434.

⁵³ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 151-152.

3.2.2 - Método Integrativo ou Científico-Espiritual.

O *método integrativo ou científico-espiritual* foi idealizado pelo alemão Rudolf Smend. De acordo com este método a interpretação constitucional estará voltada aos valores da sociedade em que se coloca a Constituição, ao espírito da ordem jurídica por ela encabeçada. Nesse sentido Canotilho explica que de acordo com o método científico-espiritual há a necessidade da Constituição “*dever de ter em conta: (i) as bases de valoração (= ordem de valores, sistema de valores) subjacentes ao texto constitucional; (ii) o sentido e a realidade da constituição como elemento do processo de integração.*”⁵⁴, o que quer dizer que a interpretação da constituição buscará a alternativa interpretativa capaz de fornecer à norma, quanto mais, o carácter de integração ou união estatal, nesse sentido afirma Smend que “*el Estado no limita su “vida” solo a aquellos momentos de la realidad contemplados por la Constitución: para tener una vigencia efectiva en la vida política, la Constitución ha de tener en cuenta toda la enorme gama de impulsos y de motivaciones sociales de la dinámica política, integrándolos progresivamente.*”⁵⁵.

Assim, para Smend, a base de valoração, os valores expressos e tutelados pela Constituição, constituem-se como valores de interpretação coletivos, segundo Paulo Bonavides, “*a concepção de Smend é precursoramente sistêmica e espiritualista: vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta.*”⁵⁶.

Em suma, Rudolf Smend, defende que no interior da Constituição está a dinâmica vital em que se desenvolve a vida do Estado, isto é, de seu processo de integração. Assim o que dá vida a uma Constituição são os impulsos e motivações sociais da dinâmica política, vale dizer, o sentir primário da comunhão espontânea de um povo (integração espiritual); os seus líderes com capacidade de promover a adesão e não apenas de fazer um bom governo (integração pessoal); o espírito comunitário, representado pelas marchas militares, manifestações de massa,

⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 151.

⁵⁵ SMEND, Rudolf, *Constitucion y Derecho Constitucional: Colección Estudios Constitucionales*. Trad. José M^a. Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 133.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 436.

eleições e plebiscitos (integração funcional); e os valores que aglutinam, os conteúdos simbólicos representados pelas bandeiras, escudos, símbolos e festas nacionais (integração material).

3.2.3 - O Método Tópico.

O *método tópico* foi desenvolvido por Theodor Viehweg em 1953. Caracteriza-se como uma "arte de invenção" e, como tal, uma "técnica de pensar o problema", elegendo-se o critério ou os critérios recomendáveis para uma solução adequada.

Conforme esclarece Paulo Bonavides a tópica de Viehweg *"compôs um método fecundo de tratar e conhecer o problema por via do debate e da descoberta de argumentos ou formas de argumentação que possam, de maneira relevante e persuasiva, contribuir para solucioná-lo satisfatoriamente"*.⁵⁷

Há uma crítica à tópica feita por Canotilho no sentido de que "além de poder conduzir a um casuismo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas."⁵⁸ O mestre português entende, portanto, que através da tópica a norma e o sistema perdem o primado: são rebaixados à condição de meros pontos de vista ou "tópoi", cedendo lugar à hegemonia do problema. No entanto assevera o próprio Viehweg:

"Supondo-se que se pudesse construir um sistema jurídico semelhante, ainda se colocaria o problema de saber até que ponto este sistema teria logrado eliminar a tópica. É evidente que esta eliminação não se dá na escolha dos axiomas. Pois determinar quais são os princípios objetivos que serão selecionados é, do ponto de vista lógico, algo claramente arbitrário. O mesmo se pode dizer se esta seleção é absolutamente arbitrária em qualquer sentido possível ou se é controlada por uma série de outras exigências que obrigam a adotar uma determinada conduta."⁵⁹

Pressupõe-se, contudo, para a inteligência deste subitem, que se esteja a par da concepção que confira aos preceitos constitucionais uma normatividade concreta e do fenômeno da constitucionalização dos variados ramos do direito. Parte-se da idéia de que os princípios e valores eleitos pela sociedade e consagrados pela constituição conferem legitimidade a um ordenamento jurídico na

⁵⁷ Ibidem. p. 449.

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 214.

⁵⁹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, 1ª ed. bras., trad. Tércio Ferraz Jr. Brasília: 1979. p. 77.

medida em que são efetivamente aplicados pelo judiciário, cujo objetivo é embasar suas decisões nos ideais de justiça da comunidade.

Havendo uma ruptura entre a real solução de problemas concretos de segmentos da sociedade (ou a ausência de solução) e sua concepção valorativa social, o Estado enfrenta uma crise de legitimidade. Caberá, então, às cortes superiores harmonizar os casos que têm em mãos com o ordenamento jurídico vigente, através da adequação tópica de conceitos e institutos consagrados.⁶⁰ Nesse sentido explica Karl Lorenz:

“Tópicos jurídicos serão pois argumentos utilizados na solução de problemas jurídicos, e que podem contar neste domínio com a concordância geral, o “consensus omnium”. Poderão surgir de novo sob forma muito diversa. No Direito Civil romano assumiam a forma de decisões de casos, que eram abstraídas do caso decidido de tal modo que “podiam facilmente ser reformuladas numa regra”. Também a Jurisprudência do mos italicus, da baixa Idade Média, procedia ‘topicamente’.”⁶¹

3.2.4 - O Método Concretista.

O método concretista tem nascente nos pensamentos principalmente dos juristas alemães Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle. Este método tem como principais elementos uma norma a que se visa concretizar, uma prévia compreensão acerca desta norma e, por fim e compondo o próprio âmbito normativo, o caso concreto que se deva regular. Nesse sentido cabe o ensinamento, mais uma vez de Paulo Bonavides:

“Os intérpretes concretistas têm da Constituição normativa uma concepção diferente daquela esposada pelos adeptos de outros métodos, porquanto não consideram a Constituição um sistema hierárquico-axiológico, como os partidários da interpretação integrativa ou científico-espiritual, nem como um sistema lógico-sistemático, como os positivistas mais modernos. Ao contrário, rejeitam o emprego da idéia de sistema e unidade da Constituição normativa, aplicando um “procedimento tópico” de interpretação, que busca orientações, pontos de vista ou critérios-chave, adotados consoante a norma e o problema a ser objeto de concretização. É uma espécie de metodologia positivista, de teor empírico e casuístico, que aplica as categorias constitucionais à solução direta dos problemas, sempre atenta a uma realidade concreta, impossível de conter-se em formalismos meramente

⁶⁰ Cf. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares, *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003. p. 377 ss.

⁶¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 172.

abstratos ou explicar-se pela fundamentação lógica e clássica dos silogismos jurídicos”⁶².

3.2.4.1 - O Método Concretista de Konrad Hesse.

Konrad Hesse para o desenvolvimento deste método parte da base filosófica de Hans-Georg Gadamer, segundo o qual:

"A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto.”⁶³

Pode-se dizer que, segundo a doutrina de Hesse, a norma só se completa quando interpretada, bem como que o ponto de partida do interprete da norma está na sua pré-compreensão desta, conforme afirma o próprio Hesse, *“concretização pressupõe um entendimento do conteúdo da norma e ser concretizada. Esse não deixa de desatar da pré-compreensão do interprete e do problema concreto a ser resolvido,”*⁶⁴. O jurista Canotilho assevera, nesse sentido, que *“este processo é uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o interprete efectua uma actividade práctico-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta.”*⁶⁵. Explica ainda Lênio Luiz Streck:

"Assim, partindo de Gadamer, Hesse mostra como o momento da pré-compreensão determina o processo de concretização: a concretização pressupõe a compreensão do conteúdo do texto jurídico a concretizar, a qual não cabe desvincular nem da pré-compreensão do intérprete nem do problema concreto a solucionar. O intérprete não pode captar o conteúdo da norma desde o ponto de vista quase arquimédico situado fora da existência histórica, senão unicamente desde a concreta situação histórica na qual se encontra, cuja elaboração (maturidade) conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos.”⁶⁶.

⁶² BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 440.

⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 1a ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 489.

⁶⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luiz Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 61.

⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 151.

⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. op. cit. p. 244.

Para Hesse, portanto, a concretização e a compreensão só são possíveis em face do caso concreto, destarte, ele conclui que a determinação do sentido da norma constitucional e a sua aplicação ao caso concreto são um único processo interpretativo. Assim são as palavras de Hesse:

"...a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma ("Gebot optimaler Verklichung der Norm"). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o Direito e, sobretudo a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça desta tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determina da situação."⁶⁷.

3.2.4.2 - O Método Concretista de Friedrich Muller.

O método concretista de Friedrich Müller, denominado método normativo-estruturante, ficou conhecido com a figura de linguagem proposta pelo autor que referia o texto de uma norma como apenas a "ponta de um iceberg". Afirma Friedrich Müller que:

"Entre dois aspectos principais o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a "ponta de um iceberg". Por um lado, o teor literal serve via de regra à formulação do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo de prescrição. Por outro lado a normatividade, pertence à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, não é produzida por esse mesmo texto. Muito pelo contrário, ela resulta dos dados extralingüísticos de tipo estatal-social: de funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área;⁶⁸".

O método hermenêutico de Muller compreende a norma jurídica como algo que vai muito além do texto. O texto da norma seria apenas o programa, a ponta do iceberg, que diante do caso concreto acrescentar-se-ia ao âmbito normativo definido por inúmeros fatores extratexto formando-se o todo normativo. Devido a esta

⁶⁷ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 22.

⁶⁸ MULLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. trad. Peter Naumann, 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 53-54.

característica, Paulo Bonavides afirma que o método de Muller *"tem sua base medular ou inspiração maior na tópica, a que ele faz alguns reparos, modificando-a em diversos pontos para poder chegar aos resultados da metodologia proposta."*⁶⁹.

Portanto, para Müller a normatividade constitucional consiste no efeito global da norma com seus dois componentes, quais sejam, o programa normativo, compreendido como o texto da norma, e domínio normativo ou âmbito normativo, este representado pelos demais elementos concretizadores externos ao texto, frutos da tradição, diante do caso concreto, sem o qual não há que se falar em interpretação, nesse sentido arremata Muller, dizendo que *"não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentando nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica."*⁷⁰

Cabíveis as ponderações de Canotilho acerca deste método:

"Os postulados básicos desta metódica são os seguintes: (1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração, jurisdição) (2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa decisão prática (a metódica pretende-se ligada a problemas práticos) (3) a metódica deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão de concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; (4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo; (5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Muller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um domínio normativo, isto é, um pedaço de realidade social que o programa normativo só parcialmente contempla; (7) conseqüentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: com os elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)."⁷¹

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 456.

⁷⁰ MULLER, Friedrich. op. cit. p. 63.

⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 152.

3.2.4.3 - O Método Concretista de Peter Häberle.

Também chamado de método concretista da constituição aberta o método de Häberle é bem explicado por Paulo Bonavides, que afirma que *"a construção teórica de Häberle parece desdobrar-se através de três pontos principais: o primeiro, o alargamento do círculo de intérprete da Constituição; o segundo, o conceito de interpretação como um processo aberto e público; e, finalmente, o terceiro, ou seja, a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída e "publicização" ("verfassten Wirklichkeit und Öffentlichkeit")"*.⁷²

Nesse sentido o próprio Häberle assevera: *"Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição."*⁷³

E ainda pondera Häberle:

"Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos "vinculados às corporações" ("Zünftmässige Interpreten") e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade ("weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird"). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade."⁷⁴

Este método hermenêutico, pode-se concluir, trata-se da aplicação do pluralismo hermenêutico, da democracia aplicada à interpretação constitucional. Procura o autor estabelecer uma idéia de que todos são intérpretes da constituição e por isso a sua interpretação deverá, mais do que técnica, ser voltada aos anseios de todos os cidadãos de uma forma democrática. Diante desse método hermenêutico

⁷² BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 466.

⁷³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p. 13.

⁷⁴ Ibidem. p. 13.

há de se evidenciar o caráter de plasticidade da Constituição, como afirma Bonavides, *“a interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém escancaradas as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais a Constituição se conserva estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora.”*⁷⁵

3.3 – PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.

Tendo em vista o viés da hermenêutica atual e também a linha doutrinária adotada na presente monografia faz-se necessário, ainda que não seja o tema central da pesquisa, porém, trate-se de aspecto importante para o estudo da aplicabilidade das normas constitucionais, o estudo dos contemporâneos princípios hermenêuticos constitucionais, posto que, o que se pretende nesta pesquisa é, sob a luz da hermenêutica concretizadora, refletir sobre a efetiva concretização das normas constitucionais, tendo em vista sua natureza. O professor Canotilho chama de “catálogo tópico dos princípios de interpretação constitucional” e afirma que *“o catálogo dos princípios tópicos de interpretação constitucional foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermeutico-concretizante. Este catálogo, diversamente formulado, tornou-se um ponto de referencia obrigatório da teoria da interpretação constitucional.”*⁷⁶

3.3.1 - Princípio da Unidade da Constituição.

Afirma Luís Roberto Barroso, que *“a idéia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta. Alias, o princípio da unidade da constituição assume magnitude precisamente pelas dificuldades geradas pela peculiaríssima natureza do documento inaugural e instituidor da ordem jurídica.”*⁷⁷. Este princípio, de suma importância, propõe a aplicação da Constituição como um todo normativo. Nesse sentido, as normas constitucionais devem ser consideradas não isoladamente, mas integradas num sistema interno unitário de princípios e regras. Assim se manifesta Canotilho afirmando que *“o princípio da*

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 471.

⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 161.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*. op. cit. p. 196.

*unidade da Constituição obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar.*⁷⁸

Por fim afirma Luís Roberto Barroso que *“o papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões – reais ou imaginárias – que existam entre as normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou otimização das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas.*⁷⁹

3.3.2 - Princípio da Concordância Prática.

Esse princípio determina que, em caso de conflito ou concorrência entre as normas constitucionais, deve-se optar pela interpretação que estabeleça a afirmação de uma norma sem que haja o sacrifício da outra, algo que só se pode alcançar na aplicação ou na prática do texto.⁸⁰ Segundo Canotilho, *“o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou concorrência de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.*⁸¹

O princípio da concordância prática, portanto, parte da noção de que não há diferença hierárquica ou de valor entre os bens jurídicos constitucionais. Dessa forma, o intérprete, diante do caso concreto, não deverá desconsiderar completamente um bem jurídico em detrimento dos outros. Deve, por outro lado, o intérprete, procurar uma harmonização entre os bens constitucionais. Nesse sentido Clèmerson Merlin Clève pondera que o princípio da concordância prática, também chamado de princípio da harmonização, *“tem por finalidade imprimir aos conflitos entre bens jurídicos soluções de coordenação e combinação, afastando a possibilidade de ocorrência de sacrifícios de uns em relação a outros.*⁸² Trata-se, este, de princípio vastamente aplicado quando se encontram em jogo mais de um

⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 162.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*. op. cit. p. 200

⁸⁰ Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997. p. 91.

⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 163.

⁸² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Algumas Notas Sobre Colisão de Direitos Fundamentais*. in GRAU, Eros Roberto e CUNHA da, Sérgio Sérulo (coord), *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. ed. Malheiros. São Paulo, 2003. p. 237.

dos princípios constitucionais, caso em que se fará a aplicação de todos aqueles pertinentes ao dado caso, porém, com uma diferenciação em relação ao peso aplicável e este caso.

3.3.3 - Princípio da Força Normativa da Constituição.

Estabelece este princípio que na interpretação constitucional se prestigie a obrigatoriedade e o caráter cogente das normas constitucionais. Segundo Canotilho, *“na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental.”*⁸³. Assinala o professor Clèmerson Merlin Clève, que este princípio *“confere primazia, no âmbito discursivo dos problemas jurídico-constitucionais, aos argumentos que agreguem às normas constitucionais a máxima eficácia possível e atualização normativa.”*⁸⁴

3.3.4 - Princípio da Máxima Efetividade.

Canotilho trata deste princípio dizendo o seguinte:

"Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, (...) é hoje invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia dos direitos fundamentais)."⁸⁵

Anota Clèmerson Merlin Clève que *“o princípio da eficiência ou da interpretação efetiva imprime à norma constitucional máxima eficácia possível (...) será invocado critério interpretativo nas situações em que haja dúvida quanto à melhor interpretação possível, devendo-se optar pelo sentido que lhe confira maior eficácia.”*⁸⁶ Segundo esse princípio, portanto, na interpretação das normas constitucionais, deve-se lhes atribuir o sentido que lhes empreste maior eficácia. Nesse sentido Celso Ribeiro Bastos afirma que *“as normas constitucionais devem ser tomadas como normas atuais e não como preceitos de uma Constituição futura,*

⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 164.

⁸⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit. p. 237.

⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 162-163.

⁸⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit. p. 237.

*destituída de eficácia imediata.*⁸⁷. Sendo assim, o princípio da máxima efetividade representa um salto qualitativo da hermenêutica tradicional à hermenêutica moderna, em que se reconhece normatividade aos princípios e valores constitucionais.

3.3.5 - Princípio do Efeito Integrador.

Define Canotilho que, segundo este princípio, *“na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.”*⁸⁸ De acordo com esse princípio, portanto, partindo de conflitos entre normas constitucionais, a interpretação deve levar a soluções pluralistas e unificadoras dos entes políticos e sociais, no escopo da harmonia. Segundo Clèmerson Merlin Clève, este princípio *“relaciona-se com a necessidade de conferir à resolução que põe termo aos conflitos normativos de natureza constitucional critérios que otimizem a integração política e social, proporcionando solução de continuidade à formula da unidade política.”*⁸⁹

3.3.6 - Princípio da Interpretação Conforme à Constituição.

Segundo Paulo Bonavides, *“nenhuma lei deve ser declarada inconstitucional quando não puder ser declarada em harmonia com a Constituição”*⁹⁰, quer dizer o jurista que se for possível se extrair da norma uma interpretação condizente com a carta constitucional, deve-se optar por esta interpretação antes de declarar uma norma inconstitucional. Além desse aspecto, segundo o professor Canotilho, existem mais dois: o de que o princípio *“impõe que, dentre várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se a interpretação que não seja contrária ao texto e programa da norma,”*⁹¹ e ainda *“impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição.”*⁹²

⁸⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 100.

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 162.

⁸⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit. p. 236.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 474.

⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 164.

⁹² Ibidem. p. 164.

A aplicação deste princípio, portanto, só é possível quando, em face de normas infraconstitucionais, existem diferentes alternativas de interpretação, umas em desconformidade e outras de acordo com a Constituição, sendo que estas devem ser preferidas àquelas. Contudo, na hipótese de haver apenas interpretações manifestamente contrárias à Constituição, impor-se-á a inconstitucionalidade da norma.

Por fim a anotação de Luís Roberto Barroso acerca do princípio em comento:

“1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.”⁹³

3.3.7 - Princípio da Proporcionalidade.

Esse princípio, de vasta aplicação no Direito Administrativo, ganha importância no Direito Constitucional, sobretudo, quando do advento da teoria da Constituição normativa. Trata-se de importante instrumento para a proteção dos direitos fundamentais e, conforme afirma o Professor Clèmerson Merlin Clève, compreende os princípios parciais da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*.⁹⁴

A *adequação* significa que o intérprete deve identificar o meio adequado para a consecução dos objetivos pretendidos. A *necessidade* também chamada de exigibilidade significa que o meio escolhido não deve exceder os limites indispensáveis à conservação dos fins desejados, por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* significa que o meio escolhido, no caso concreto, deve se mostrar como o mais vantajoso para a promoção do conjunto de valores e bens jurídicos envolvidos.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, op. cit. p. 189.

⁹⁴ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit. p. 238.

Luís Roberto Barroso traz em sua obra uma interessante decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungsgericht), de 1971, que assinala os traços do princípio da proporcionalidade, da qual se extrai a conclusão de que *"o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental."*⁹⁵

O princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio da razoabilidade constitui-se como importante garantia constitucional e importante instrumento interpretativo para a atividade do magistrado, no sentido de que à vista do caso concreto poderá eleger topicamente uma boa solução para composição dos conflitos instaurados. Por fim pondera Luís Roberto Barroso, afirmando que *"o princípio da razoabilidade faz uma imperativa parceria com o princípio da isonomia. À vista da constatação de que legislar, em última análise, consiste em discriminar situações e pessoas por variados critérios, a razoabilidade é o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo."*⁹⁶

3.4 – TÉCNICAS ATUAIS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.

A moderna hermenêutica constitucional, como abordado no presente trabalho, parte do formalismo jurídico para a idéia de hermenêutica voltada à promoção da justiça material e da segurança jurídica. Assim sustentam Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares que este momento representa: *"uma inclinação da jurisprudência procurando maximizar as formas de interpretação que permitam um alargamento ou restrição do sentido da norma de maneira a tomá-la constitucional."*⁹⁷

Nesse sentido, decidiu-se abordar, ao cabo deste item acerca da hermenêutica constitucional, três técnicas de interpretação constitucional adotadas

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, op. cit. p. 228.

⁹⁶ Ibidem. p. 246.

⁹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 69-70.

modernamente pelo Supremo Tribunal Federal, quais sejam: a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade; a declaração de inconstitucionalidade com apelo ao legislador e a interpretação conforme a Constituição.

3.4.1. Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade.

Em sua obra *Jurisdição Constitucional* o Ministro Gilmar Mendes explica que nesse tipo de decisão *"o Tribunal rejeita a arguição de inconstitucionalidade, anunciando, todavia, uma possível conversão dessa situação ainda constitucional ("noch verfassungsgemass") num estado de inconstitucionalidade."*⁹⁸

Ou seja, através desta técnica, que obviamente poderá ser admitida desde que a norma em exame não seja integralmente inconstitucional, ou seja, não admita interpretação conforme a constituição no todo da norma, aplica-se a chamada decisão de inconstitucionalidade parcial, pela qual se descumpre, por exemplo, o princípio da isonomia. Trata-se de técnica atual e amplamente utilizada pelo STF.

3.4.2. Declaração de Inconstitucionalidade com Apelo ao Legislador.

Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares, acerca desta técnica esclarecem: *"busca-se não declarar a inconstitucionalidade da norma sem antes fazer um apelo vinculado a "diretivas" para obter do legislador uma atividade subsequente que tome a regra inconstitucional harmônica com a Carta Maior. Incumbe-se ao legislador a difícil tarefa de regular determinada matéria, de acordo com o que preceitua a própria Constituição."*⁹⁹

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes trazendo a experiência do Tribunal Alemão identifica hipóteses de aplicação da técnica em estudo: a) "apelo ao legislador" em virtude de mudança das relações fáticas ou jurídicas; b) "apelo ao legislador" em virtude de inadimplemento de dever constitucional de legislar; c) "apelo ao legislador" por falta de evidência da ofensa constitucional.¹⁰⁰ Sobre esta técnica

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 212.

⁹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro, e TAVARES, André Ramos, op. cit., p. 72.

¹⁰⁰ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 239.

hermenêutica concluem ainda os juristas Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares:

"Esta espécie de decisão perde muito de sua importância no sistema jurídico pátrio, na medida em que uma vez reconhecida inconstitucional a norma, caberá à Corte assim pronunciá-la, o que não obsta que indique o caminho que poderia o legislador adotar na posterior regulamentação da matéria. O tema apresenta certa relevância no caso da ação de inconstitucionalidade por omissão. Nesta, a decisão contém uma exortação ao legislador para que, abandonando seu estado de inércia, ultime suas tradicionais funções, regulando determinada matéria, de acordo com o que preceitua a própria Carta Magna. A decisão, no caso, apresenta cunho mandamental, no que é capaz de colocar em mora a ação do legislador. Assim, o Tribunal determina que o legislador proceda às providências requeridas, limitando-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão."¹⁰¹

No presente trabalho assumi-se crítica posição a esta técnica decisória, sobretudo no que concerne a sua aplicação em casos de omissão constitucional, posto que se demonstra de grande inaptidão como instrumento de concretização das normas a que o legislador não se pôs a regulamentar. Obviamente que, de acordo com a pretensão de harmonia entre os poderes, esta técnica se demonstra inepta, pois deixa o Judiciário ao bel prazer do Legislativo, sem que possa cumprir sua função de socorrer aqueles que tem seus direitos constitucionais descumpridos ou não aplicados, bem como desarmado de instrumentos suficientes para fazer com que o legislador cumpra com seu dever de legislar. Vê-se que, de outro lado, melhor técnica à sentença mandamental, seria a utilização de uma espécie de sentença normativa, cujo alcance se desse apenas na esfera das partes envolvidas no processo, posto que o Judiciário não se presta a tecer decisões normativas aplicáveis a todos, o que consistiria em quase legislar. No entanto, problema nenhum haveria em o judiciário criar uma espécie de lei entre as partes, em prol da salvaguarda da Constituição.

3.4.3. Interpretação Conforme a Constituição.

A interpretação conforme a Constituição, já tratada na presente monografia como princípio, é a técnica segundo a qual o órgão jurisdicional, no caso do Brasil o STF ou os TJs, quanto às Constituições Estaduais, declara, dentre as diversas

¹⁰¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor,- IBDC, 1997. p. 174.

possibilidades de interpretação, aplicável aquela que se mostra conforme com a Constituição. Como afirma o Ministro Gilmar Mendes, *"não raro afirma a Corte Constitucional a compatibilidade de uma lei com a Constituição, procedendo à exclusão das possibilidades de interpretação consideradas inconstitucionais."*¹⁰². Importante neste ponto a ponderação proposta por Celso Ribeiro Bastos que explica:

"No Brasil, ao contrário do que acontece na Alemanha - onde a interpretação conforme a Constituição resulta na procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade, declarando inconstitucionais os sentidos que são incompatíveis com a Lei Fundamental -, a interpretação conforme a Constituição resulta na improcedência da ação de inconstitucionalidade, já que a norma em questão permanece no ordenamento jurídico pátrio, com a interpretação que a coloca em harmonia com a Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal equiparou em seus julgados a interpretação conforme a Constituição à declaração de nulidade parcial sem redução do texto."¹⁰³

A título de exemplo, apresentam-se duas jurisprudências do STF acerca deste princípio (ADIN nº 1.344-1-ES, Relator Ministro Moreira Alves):

"Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente. Quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal, técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto em decorrência de este permitir interpretação conforme à Constituição."¹⁰⁴

(RI nº 1.417-7-DF, Relator Ministro Moreira Alves):

"O princípio da interpretação conforme a Constituição ("Verfassungskonforme Auslegung") é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF, em sua função de Corte Constitucional, atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 230.

¹⁰³ BASTOS, Celso Ribeiro, e TAVARES, André Ramos, op. cit., p. 76.

¹⁰⁴ Fonte "site" oficial do STF (www.stj.gov.br).

compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.¹⁰⁵

Expostos os pontos fundamentais, em sumas linhas, acerca da moderna hermenêutica constitucional, impõe-se adentrar ao tema específico da análise da norma constitucional tendo em vista a sua concretização.

4- NORMA CONSTITUCIONAL E CONCRETIZAÇÃO.

4.1 – CONTEXTUALIZAÇÃO.

O Século das Guerras, Século XX, mais do que cenário de conflitos bélicos históricos, consubstanciou-se num quadro de relevantes transformações constitucionais em diversos países. Nascente do antagonismo entre o estado Liberal e o Estado Intervencionista, tendo como ícone a Constituição de Weimar de 1919, ocorreu o que pode ser chamado de promoção do conteúdo normativo das normas constitucionais, em que passaram as constituições, além de exprimirem um conteúdo político, a se preocuparem com aspectos econômicos e sociais de todo gênero.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, criada em 1988, o foi, sem dúvida, sob influência daquele antagonismo ideológico e em meio a um palco de instabilidade institucional, derivada do regime militar, a qual deveria ser sanada com a abertura política do estado brasileiro e pela criação, a cargo da Assembléia Nacional Constituinte, de uma nova constituição, a qual teria o papel de recriar o estado e trazer garantias aos cidadãos de que atos arbitrários como os ocorridos ao longo do regime ditatorial não fossem mais propensos a acontecer.

Todo este cenário nacional da então criação da Constituição de 1988 propiciou que a carta magna fosse dotada de evidente caráter programático, no sentido de se inserir no texto constitucional as intenções do Estado Brasileiro a curto, médio e longo prazo. Com efeito, para garantir a segurança e a estabilidade jurídica, em meio às imbricações atinentes à difícil definição de qual o exato tipo de

¹⁰⁵ Idem.

estado dever-se-ia adotar, a Assembléia Nacional Constituinte, presidida por Ulisses Guimarães, elaborou trabalho intenso e exaustivo. Assim, diante dessa situação de dúvida e com os constituintes empenhados em construir um texto constitucional coeso, voltado à valorização dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e iluminado pelos princípios basilares da República Federativa do Brasil, a Constituição de 1988 foi, então, a fundo em diversos temas e minuciosamente, em alguns casos, se antecipou ao legislador infraconstitucional tecendo pormenores a se tornando assim o que se chamou de uma Constituição Cidadã.

A experiência do advento e o desenrolar histórico da Constituição de 1988 ao longo desses 17 anos, porém, demonstrou e tem demonstrado até hoje o quão difícil é estabelecer a eficácia de alguns temas expostos pela nossa carta magna, posto que ela deveria ou deve, segundo entendimento mais balizado e, conforme é tese sustentada no presente trabalho de conclusão de curso, ter conteúdo eminentemente normativo e cogente.¹⁰⁶

Está-se a falar da chamada eficácia ou efetividade das normas, mais precisamente das normas constitucionais.

4.2 - EFICÁCIA, APLICABILIDADE, EFETIVIDADE E CONCRETIZAÇÃO.

Sabe-se que as normas podem ser consideradas quanto a sua validade, sua eficácia e há aqueles que consideram a análise da norma a partir da sua aplicabilidade.

O conceito de validade, ainda que pouco interesse traga ao presente trabalho, o qual tem o condão de se atribuir das questões inerentes à eficácia, aplicabilidade, efetividade e concretização das normas constitucionais, está bem delineado na obra do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior: que afirma que “*norma válida é aquela*

¹⁰⁶ O item é uma reflexão histórica baseada principalmente Cf. FERREIRA, Waldemar Martins. *História do direito constitucional brasileiro*. Ed. fac-similar, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. e Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. Ed. Max Limonad, 2000. p. 144 ss.

que cumpre o processo de formação ou produção normativa em conformidade com aquilo que determina o ordenamento jurídico."¹⁰⁷

Portanto norma válida é a norma perfeita do ponto de vista formal, aquela norma que adentrou ao mundo jurídico sem qualquer vício quanto ao seu processo de formação e atendeu a todos os pressupostos para sua existência no cenário jurídico a que se destina.

4.2.1 – Eficácia.

No que diz respeito à eficácia, esta cuja importância para o presente trabalho é vital, posto que não delimitado tal conceito não há como se caminhar às conclusões a que se pretende, no que concerne ao conteúdo da eficácia das normas constitucionais, bem assim sem a avocação deste conceito o trabalho morreria na fonte. Pode, portanto, este instituto ser definido, segundo Regina Maria Macedo Nery, como: *"a qualidade que possui a norma de produzir, concretamente, seus efeitos jurídicos, não só considerando suas relações internormativas, mas, também, em relação à realidade social, atingindo a finalidade para a qual foi criada"*¹⁰⁸.

Também, Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que a *"qualidade da norma que se refere à sua adequação em vista da produção concreta de efeitos, diz respeito às condições fáticas e técnicas de atuação da norma jurídica, ao seu sucesso, ou seja, à possibilidade de consecução dos objetivos"*¹⁰⁹.

É possível, portanto, se falar em eficácia jurídica e eficácia social. A primeira diz respeito ao caso de a norma jurídica conter objetivamente em seu texto todos os elementos capazes de torná-la auto-aplicável (hipótese, disposição, sanção) tanto positivamente, através da observância da norma, quanto negativamente, pela violação da norma, caso em que se torna possível a aplicação da sanção. Já o segundo tipo de eficácia ocorre quando a norma é efetivamente respeitada pela sociedade à qual ela se destina, há o reconhecimento da sua força cogente por

¹⁰⁷ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. p.180.

¹⁰⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Necessidade de Regulamentação Constitucional*. in Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. vol. 18. Editora Revista dos Tribunais. p. 62.

¹⁰⁹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. op. cit. p.181.

parte dos partícipes da sociedade, caso em que se costuma dizer, em termos coloquiais, que a lei pegou.

Traz a diferenciação, de forma muito didática e incisiva, entre as eficácias jurídica e social a Professora Flávia Piovesan ao afirmar que *“a eficácia jurídica identifica-se com a capacidade de produção de efeitos normativos no âmbito da ordem jurídica, ou seja, designa a qualidade da norma de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos. Compreendida sob o prisma sociológico, a eficácia social, diversamente da eficácia jurídica, corresponde à idéia da norma estar sendo efetivamente observada e respeitada no mundo dos fatos.”*¹¹⁰.

4.2.2 – Aplicabilidade.

Importante mencionar o que seja também a chamada aplicabilidade das normas constitucionais, pois se trata de elemento comumente confundido com o conceito de eficácia, quando na verdade esta, a eficácia, trata de conceito mais abrangente abarcando a eficácia jurídica e a social. A aplicabilidade, por outro lado, se identifica apenas com o conceito de eficácia jurídica. Destarte, eficácia jurídica consiste no mesmo que aplicabilidade. Nesse sentido aduz José Afonso da Silva que *“aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz efetivamente esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua eficácia social.”*¹¹¹. Dignas de nota, nesse sentido, as ponderações de Flavia Piovesan:

“Por fim, se a eficácia jurídica está relacionada com a potencialidade normativa e a eficácia social está relacionada com o cumprimento efetivo da norma no mundo fático, o conceito de aplicabilidade identifica-se com o conceito de eficácia jurídica. A aplicabilidade corresponde à noção de realizabilidade normativa ou executoriedade das diferentes normas em vigor. Isto é, a aplicabilidade está relacionada com a possibilidade de aplicação da norma.”¹¹².

¹¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 60.

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 13.

¹¹² PIOVESAN, Flávia. op. cit. p. 60.

4.2.3 – Efetividade.

Isso posto, cabe o comentário sobre outro instituto comumente usado para denominar a capacidade de interferência da norma na vida das pessoas seja quando potencialmente aplicáveis do ponto de vista jurídico, seja quando efetivamente aplicadas do ponto de vista social. Está-se a falar do que alguns chamam de efetividade das normas. Segundo Luís Roberto Barroso *"a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social."*¹¹³

Neste sentido, depreende-se que a efetividade corresponde ao conceito de eficácia, posto que abarca primeiramente a idéia de eficácia social e, como consequência lógica, a idéia de eficácia jurídica, posto que, por obvio, uma norma que não goza de potencialidade jurídica para ser aplicável, jamais terá aproximação íntima do dever-ser normativo com o ser da realidade social, como quer Luis Roberto Barroso. Assim pretensamente pode-se dizer que efetividade tem o mesmo significado de eficácia lato senso, posto que se compõem ambas dos conceitos de eficácia social e eficácia jurídica.

Em suma, o melhor vernáculo, estudado até aqui, tendo em vista as normas constitucionais e sua capacidade de realização, seria o termo eficácia em sentido lato, podendo se utilizar a sinonímia com a palavra efetividade, pois ambas designam a potencialidade que tem uma norma de realizar seus efeitos jurídicos e de ser efetivamente aplicada, gerando efeitos jurídicos e sociais em relação ao povo a que se destina.

4.2.4 - A Concretização da Constituição.

Uma vez definidos os conceitos de vigência, eficácia, aplicabilidade e efetividade, cabe, por oportuno, explanar sob o tema do que se prefere no presente trabalho chamar de concretização das normas constitucionais.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 85.

É sabido que a Constituição de um país deve ser considerada um sistema composto de normas-regra e normas- princípios, os quais terão por escopo regular e institucionalizar juridicamente ou normativamente o estado, ou seja, a Constituição tem o condão de estabelecer os parâmetros e limites inerentes à atuação política do Estado Democrático de Direito. Nesse viés o desejo precípua da ordem constitucional é a sua efetiva realização, a sua eficaz aplicabilidade, em suma, quer, antes de tudo, a Constituição atingir a sua concretização.

Desta forma é de se asseverar que existe o Direito Constitucional e existe a Constituição, ambos para serem efetivos, eficazes, aplicáveis, concretos. Nesse sentido, para que isso seja possível, faz-se necessária a utilização de métodos hermenêuticos próprios, modernos, voltados especificamente à interpretação das normas constitucionais, métodos estes já abordados, em breves linhas, na presente monografia e que ganham especial clareza na obra do professor J.J. Gomes Canotilho.

Segundo o jurista português a norma constitucional é, conforme estudos fundados nos métodos hermenêuticos concretizadores, herdados principalmente do direito alemão, composta pelo chamado programa normativo, que seria a componente lingüística da norma, o texto, juntamente com o domínio ou setor normativo, caracterizado como a componente real, empírica ou fática da norma, o caso concreto. Nesse sentido se dá o processo de concretização das normas constitucionais processo este que *“produz, portanto, um efeito que se chama normativo, ou, para dizermos melhor, a normatividade é o efeito global da norma (com as duas componentes atrás referidas) num determinado processo de concretização.”*¹¹⁴

A Constituição alcança sua concretude no momento em que os valores nela contidos alcançam o caso concreto, sob a forma de regras e princípios, que correspondem intimamente aos anseios populares, formando-se, nesse sentido, uma força política consubstanciada nos governantes, parlamentares, membros do judiciário e das funções essenciais do estado e da justiça, bem como diretamente no povo, capaz de fazer respeitarem-se e de, portanto, fazer concretizarem-se os

¹¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 155.

dispositivos e mandamentos da Carta Constitucional, tornando assim realizáveis as suas normas.

Nesse sentido, oportunos os ensinamentos da Professora Maria Helena Diniz¹¹⁵, baseados na teoria geral das normas, segundo os quais é possível identificar três aspectos concretizadores das normas constitucionais: O sintático, semântico e o pragmático.

O Sintático, segundo o qual a norma, para se realizar no mundo do ser, deve ter uma estrutura lógica completa com a descrição detalhada da hipótese, disposição e a respectiva sanção aplicável na sua inobservância. O importante neste plano sintático de eficácia é que haja uma harmonia interna entre os diversos subsistemas constitucionais, que integrados e harmonizados preservarão a conexão entre a norma e o sistema, permitindo a aplicação coerente das sanções constitucionais.

Já o Plano Semântico, além de necessitar de uma estrutura lógica completa, a norma jurídica, para se efetivar, deve refletir valores que estejam em consonância com os anseios da Sociedade, sendo essencial haver uma sintonia entre os âmbitos ideal e normativo. Esta conexão do Valor Normativo com a Vontade Social é muito importante para efetividade dos dispositivos constitucionais. Se houver uma dissociação entre o plexo valorativo disposto na Carta Magna e a vontade popular, não será a Constituição um texto dotado de legitimidade, nem o Estado se constituirá em um ente democrático, porque não refletirá o verdadeiro Poder Constituinte que tem sua titularidade no povo de uma nação.

A dissociação da norma em relação à realidade social faz daquela mera peça retórica que representará apenas uma imposição de preceitos e estigmas, fruto de um Regime Autoritário. As normas constitucionais, assim, não terão efetividade social, sendo apenas respeitadas com base em ameaças e mediante a utilização da máquina repressiva de um Estado totalitário. Em suma, a Constituição deve para se efetivar, estabelecer valores que correspondam aos anseios populares com base em análises históricas, plasmadas num Poder Constituinte legítimo e soberano. A

¹¹⁵ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 36 ss.

conexão norma e valores sociais deve ser íntima com fins de cumprir a etapa semântica de concretização.

Por fim, o Plano Pragmático alcança além das relações norma – sistema e norma - valores sociais, segundo este plano de eficácia é necessária a participação de todos os aplicadores e destinatários da norma constitucional no sentido de se respeitarem os princípios reitores da ordem normativa, posto que os entendem como anseios sociais próprios e com ele se identificam.

Nesse sentido, para a Constituição e suas normas ganharem realmente efetividade social, é vital que a população conheça a Constituição e lute pelos direitos dispostos na Carta Fundamental, forçando os governantes a atuar positivamente na consecução dos objetivos públicos constitucionalmente delimitados. Havendo, assim, uma conexão clara entre as normas constitucionais e os fatos sociais, constituindo-se um esforço comum em prol da efetivação de programas e objetivos da sociedade eleitos pela Carta Magna. Assevera, assim, a Professora Maria Helena Diniz:

“...ao estudar o preceito constitucional como processo comunicativo, além de proporcionar um enfoque analítico lingüístico-pragmático em íntima conexão com o sintático e semântico, possibilita não só a captação do fenômeno eficaz pelas funções que desempenha no contexto normativo, mas também a leitura ideológica da significação normativa relacionada com outros comandos, com a realidade social, com o valor nela positivado, com seu emissor e com seus endereçados, analisando assim o papel dos fatores extranormativos na justificação da eficácia.”¹¹⁶

Formula a professora Maria Helena Diniz, portanto, uma explicação bastante completa sobre o fato do programa normativo, ou a pré-compreensão da norma, não resultar apenas da mediação sintática e semântica do texto da norma. Ou seja, está claro que o ponto de partida para a compreensão do programa normativo, componente lingüístico da norma, é o aspecto sintático e semântico, porém, é de se ter em mente o aspecto pragmático do processo de concretização, de que fala também com maestria o Professor Canotilho:

“...palavras e expressões do texto da norma constitucional (e de qualquer outra norma) não tem significado autônomo, ou seja, um significado em si, se

¹¹⁶ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 37.

não se tomar em conta o momento da decisão dos juristas e o caráter procedimental da concretização das normas. Daí que: a decisão dos casos não seja uma paráfrase do texto da norma, pois o texto possui sempre uma dimensão comunicativa (pragmática) que é inseparável dos sujeitos utilizadores das expressões lingüísticas, da sua compreensão da realidade, dos seus conhecimentos privados (...). O texto da norma aponta para um referente, o que quer dizer constituir o texto um sinal lingüístico, cujo significado aponta para um universo de realidade exterior ao texto.”¹¹⁷

Observe-se, então, que, ainda em sede de programa normativo, componente inicial do processo de concretização, tem-se o plano do texto lingüístico normativo puro e simples, plano sintático, a unificação desse texto com os valores sistematicamente previstos na constituição, o plano semântico, e ainda, a conexão de ambos, com os valores sociais extranormativos ou supranormativos, gerais, a que se deve pautar o aplicador da norma, o plano pragmático. De se anotar, contudo, que para além do plano pragmático, este tido como liame hermenêutico entre o programa normativo e o caso concreto, é preciso se estabelecer, como fase cabal do processo de concretização das normas constitucionais, a análise do domínio ou âmbito normativo, ou seja, a parcela da realidade a que se aplicará a norma.

Nesse sentido se aspira a uma interpretação e aplicação normativas dotadas de racionalidade minimamente formal, pois necessária como limite interpretativo, e maximamente material, no sentido de que se faz necessária a delimitação do domínio normativo, tendo em vista elementos factuais ou reais, os quais poderão ser de diversas naturezas como, jurídicos, económicos, sociais ou psicológicos. Em suma, decodificados os planos sintático, semântico e pragmático do texto da Constituição, põe-se este resultado face ao caso concreto, tendo em vista todas as circunstâncias fáticas e, assim, se concretiza a norma aplicável ao caso em questão. Observe-se que a incidência destes elementos do mundo fático poderá variar, e assim deverá ser, em razão do grau de abertura instaurado pelo programa normativo. Como explica Canotilho:

“a importância da análise do domínio material se move numa escala cujos limites são: (1) a determinação máxima do texto da norma nos casos de preceitos em que o imperativo lingüístico do texto é forte (exs.: prazos, definições, normas de organização e de competência); (2) a determinação mínima do texto da norma, como acontece nos preceitos que reenviam para elementos não-jurídicos ou que contêm conceitos vagos (ex.: sectores

¹¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 157.

básicos da economia, correção de desigualdades de riqueza e de rendimentos, dignidade humana).”¹¹⁸

Postas estas ponderações, há ainda uma diferenciação a fazer, no que diz respeito ao termo “realização constitucional” utilizado pelo Professor Canotilho, em sua obra, o qual afirma que, *“realizar a constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente eficaz (...) através de sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta tarefa realizadora participam ainda todos os cidadãos.”*¹¹⁹ Observa-se que este conceito designa algo que reside além da concretização, pois parte da norma já concretizada, por isso fala o professor português em tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais, as quais só serão normas quando houver a junção do programa normativo com o domínio normativo. Quer este termo, portanto, significar a aplicação, o respeito, a observância, a presença da norma no mundo jurídico, que somente é verificada pela ação dos aplicadores e destinatários, isto, após o processo de concretização, sem o qual a realização não é possível.

Em suma, o termo concretização, possui maior profundidade de significação, abarcando todos os conceitos anteriores de eficácia, aplicabilidade e efetividade, posto que preconiza ter a norma constitucional seus elementos completos ou integrados sistematicamente em sua estrutura lógica, jurídica e social, somente quando se considera o programa normativo; tendo em vista os planos sintático, semântico e pragmático, em que os valores que estão plasmados na norma devem corresponder ao plexo axiológico médio da comunidade, acrescentando-se um viés social; e, por fim, considerando-se a incidência de elementos de natureza material e factual através do chamado âmbito, domínio ou setor normativo, caracterizado pelo caso concreto a ser resolvido.

Estes elementos factuais terminam por configurar um processo global de concretização entre texto da norma, somado aos fatores da realidade, em que se tem, por fim, a norma completa, concretizada e passível de se tornar real, em cada

¹¹⁸ Ibidem. p. 158.

¹¹⁹ Ibidem. p. 143.

caso de uma forma específica, ou a cada caso numa nova realidade, pois assim como mudam os anseios sociais, a sociedade em si e as pessoas, deve a carta política que os representa ser também volátil e dialética. Nesse sentido acentua Gadamer acerca do aplicador da norma, que o fazendo a cada caso concreto, *"não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei."*¹²⁰.

4.3 - TEORIAS CLASSIFICATÓRIAS DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

Exposta a teoria da concretização da norma constitucional, cabível o estudo das classificações destacadas da doutrina acerca da eficácia, em amplo sentido, destas normas. Observe-se que se optou na presente monografia por abordar parte considerável da doutrina a qual se debruça sobre o tema da classificação das normas constitucionais tendo em vista o critério em questão. Contudo não se faz possível e nem prático tentar exaurir o numero de autores proponentes de taxionomias, de forma que destacam-se a seguir os estudos considerados mais relevantes e destacados.

4.3.1 – Teoria Clássica.

O Desenvolvimento da teoria da eficácia das normas constitucionais teve seu início principalmente quando da vigência da constituição republicana de 1891. Naquele momento histórico se tinha no Brasil uma Republica Federativa fundamentalmente inspirada no estado norte-americano e sob a influencia decisiva do jurista Rui Barbosa, que, por sua vez, inspirava-se no constitucionalismo advindo dos doutrinadores e das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América

Portanto, sob a influencia de Thomas M. Cooley, delineou-se uma classificação das normas constitucionais, em Normas auto-aplicáveis, ou bastantes em si, e normas não-auto-aplicáveis, ou não bastantes em si, classificação essa

¹²⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 485.

consubstanciada como cópia fiel das chamadas normas *self-executing* e *not-self-executing* do Direito norte-americano.

Tal critério classificatório, defendido à época por grandes juristas como Rui Barbosa e Pontes de Miranda, pressupõe a existência de normas aptas a gerar seus efeitos independentemente de instrumentos de concretização, posto que de seu próprio texto seria possível se extrair o caráter auto-executável do mandamento constitucional, sem que para tanto fosse necessário qualquer ato normativo infraconstitucional; estas seriam as normas constitucionais auto-aplicáveis, que no dizer de Rui Barbosa constituiriam-se em *“determinações, para executar as quais, não se haja mister constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado, por si mesmo, pela sua própria natureza dos meios de execução e preservação”*¹²¹

Sobre o assunto afirmava Pontes de Miranda que *“quando uma regra se basta, por si mesma, para sua incidência, diz-se bastante em si, self executing, self acting, self enforcing. Quando, porém, precisam as regras jurídicas de regulamentação, porque, sem a criação de novas regras jurídicas, que as complementem ou suplementem, não poderiam incidir e, pois, ser aplicadas, dizem-se não bastantes em si.”*¹²².

De outro lado das normas auto-executáveis, portanto, existiriam aquelas normas constitucionais que necessitariam de ações legislativas que lhe trouxessem a capacidade de concretização ou de efetivação. Seriam as normas não-auto-aplicáveis, as quais estabeleceriam direitos, competências, atribuições ou poderes, para cuja utilização, far-se-ia necessária a demonstração do modo, do como fazer, o qual seria efetivado a critério do legislador infraconstitucional. Nesse sentido esclarece Ingo Wolfgang Sarlet que *“há que ressaltar, ainda, que Ruy Barbosa – no âmbito de sua teoria sobre as normas constitucionais – reconheceu que é com base na formulação da norma, isto é, da expressão literal de seu enunciado e de seu*

¹²¹ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. vol II, São Paulo: Saraiva & Cia., 1933. p. 488.

¹²² MIRANDA, Pontes de, *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 126.

*conteúdo, que se logrará perceber se determinado preceito constitucional é dirigido ao legislador ou se pode ser objeto de aplicação pelo judiciário...*¹²³.

Há ainda uma classificação com bases norte-americanas de que fala Maria Helena Diniz, dizendo que *“nos Estados Unidos há, ainda, quem apresente as normas constitucionais como: a) prescrições mandatórias (mandatory provisions), por serem normas constitucionais materiais e essenciais, de cumprimento irrecusável; b) prescrições diretorias (diretory provisions), se tiverem conteúdo regulamentar, permitindo ao legislador dispor diferentemente.”*¹²⁴.

4.3.2 – Teorias Modernas.

Dentre as teorias modernas de classificação das normas constitucionais destacam-se as teorias italianas de Azzaritti, Crisafulli e Pierandrei. Na doutrina pátria, por sua vez, destacam-se os trabalhos de José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Brito, Celso Antonio Bandeira de Melo, Maria Helena Diniz e Luiz Alberto Barroso.

4.3.2.1 – Teorias Italianas.

Aquele país foi palco de intensas discussões a respeito da eficácia das normas constitucionais, sobretudo, quando do advento da sua Constituição de 1948, tida como uma Carta Política dotada de grande caráter programático.

4.3.2.1.1 – A Contribuição de Azzaritti.

Gaetano Azzaritti foi responsável pela classificação das normas constitucionais em preceptivas e diretivas.

As normas preceptivas, na concepção de Azzaritti, são aquelas detentoras de preceitos obrigatórios e impositivos, teriam essas normas como destinatários os próprios cidadãos, no sentido de seu cumprimento, e os magistrados, no sentido de sua aplicação ao caso concreto; no que concerne ao objeto das normas preceptivas,

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 219.

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 104.

estaria este centrado nas relações privadas; quanto à natureza, por sua vez, as normas preceptivas possuem alto caráter de juridicidade, em razão da sua completude, o que lhes confere imediata aplicabilidade. Importante mencionar que existiriam, segundo a doutrina italiana, normas preceptivas sem aplicabilidade imediata, no que se refere a leis anteriores, enquanto suspensa sua aplicação.

Já as normas diretivas, de acordo com a teoria de Azzaritti, indicariam uma direção a ser seguida pelo seu destinatário, o legislador, que por sua vez não estaria a ela vinculado, fazendo-se com que tais normas, em verdade, fossem destituídas de eficácia; o objeto de tais normas estaria contido nos comportamentos do próprio estado e a natureza de tais normas contempla alto grau de abstração e imperfeição.

Conforme esclarece Maria Helena Diniz, esta teoria de início sofreu críticas dos juristas Italiano Franchini, Natoli e Pallieri. *“Balladori Pallieri, diferentemente de Azzaritti, considera que as normas diretivas produzem efeito, embora indireto, visto que não constroem o legislador a seguir um caminho, mas o obrigam a não tomar via diversa.”*¹²⁵.

4.3.2.1.2 – A Contribuição de Crisafulli.

Veio Crisafulli foi responsável pela classificação das normas constitucionais em imediatamente preceptivas ou constitutivas; normas de eficácia diferida e normas programáticas. Propõe esta classificação o jurista italiano em imediata contraposição às idéias propostas por Azzaritti.

As normas imediatamente preceptivas, na concepção de Crisafulli, têm a mesma natureza das normas preceptivas de Azzaritti.

Já as normas de eficácia diferida, para Crisafulli, regulam imediatamente a matéria objeto da norma, sendo, porém, necessária a edição de instrumento legislativo a fim de trazer-lhe aplicabilidade prática. Estas normas não são direcionadas apenas à atividade estatal, mas ao cidadão, que, contudo, somente verá aplicada a norma quando editada a lei concretizadora.

¹²⁵ Ibidem. p. 105.

Por fim, as normas programáticas, para Crisafulli, diferentemente das normas diretivas pensadas por Azzaritti, possuiriam eficácia imediata, obrigatória e vinculante sobre os comportamentos estatais. Elas não regulam matéria atinente às relações entre os cidadãos, mas sim estabelecem comandos ao órgão legislativo estatal. Porém, o fazem, ao mesmo tempo, estabelecendo programas, criando institutos ou direitos que deveram ser implementados obrigatoriamente pelo legislador, o qual não poderá se distanciar deste norte, nem mesmo tomar caminho diverso.

Nesse sentido Flávia Piovesan Pondera que, *“Crisafulli: a) reconhece a eficácia normativa das disposições constitucionais exclusivamente programáticas e b) reconhece a obrigatoriedade do vínculo que deriva de tais normas para os órgãos legislativos, como consequência da eficácia prevalente da Constituição.”*¹²⁶

4.3.2.1.3 – A Contribuição de Pierandrei.

O italiano Pierandrei, sem inovar muito, acaba por se constituir em importante sustentáculo também da uma teoria tripartite, nos moldes de Crisafulli, como explica Paulo Bonavides:

“A Bipartição das normas constitucionais em programáticas e preceptivas, outrora clássica na doutrina, cede lugar cada vez mais, conforme temos visto, aos esquemas de tripartição normativa. Pierandrei fora, por exemplo, inicialmente adepto daquele dualismo elementar e tradicional, distinguindo as normas constitucionais em ‘constitutivas’(normas de eficácia imediata) e ‘diretivas-programáticas’(normas de eficácia diferida). Depois, no entanto, alargou e melhorou sua classificação, aderindo aos esquemas de tripartição, de que veio a resultar: normas constitutivas de eficácia imediata, normas constitutivas de eficácia diferida e normas programáticas.”¹²⁷

Em suma, no que concerne às contribuições teóricas dos italianos, fixa-se como maior avanço o estudo de Crisafulli, posto que derruba-se a idéia de que haveriam na Constituição normas desprovidas de eficácia, notadamente no que concerne às normas programáticas.

Saindo do marco teórico dos italianos, conveniente o estudo dos doutrinadores brasileiros que se puseram a classificar as normas constitucionais.

¹²⁶ PIOVESAN, Flávia. op. cit. p. 65.

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. op cit., p. 217.

4.3.2.2 – Destaques Brasileiros Acerca da Classificação.

Obviamente que existe um sem-número de classificações das normas constitucionais quanto à eficácia, porém, cabem destaque as propostas de José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Brito, Celso Antonio Bandeira de Melo, Maria Helena Diniz e Luís Roberto Barroso.

4.3.2.2.1 – A Classificação de José Afonso da Silva.

Mais aceita classificação do direito brasileiro, a doutrina do Professor José Afonso da Silva, parte, em trabalho monográfico, do estudo de Crisafulli para desenvolver outra teoria tripartite que faria história no país.

O Professor Classifica então as Normas Constitucionais em: Normas Constitucionais de Eficácia Plena, dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, independentes de regulamentação posterior. Conforme José Afonso da Silva, *"são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente quis regular."*¹²⁸

Normas Constitucionais de Eficácia Contida, de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, posto que podem ser contidas, restringidas por ato legislativo ordinário, portanto, *"são aquelas em que o legislador regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que estabelecer ou nos termos gerais nelas enunciados."*¹²⁹

Normas Constitucionais de Eficácia Limitada ou reduzida seriam aquelas que não produzem de pronto todos os seus efeitos essenciais, em razão do legislador constituinte não ter estabelecido sobre a matéria uma normatividade suficiente, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do estado. Apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, pois somente incidem totalmente sobre a

¹²⁸ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 101.

¹²⁹ Ibidem. p. 116.

matéria, após ulterior legislação ou ato administrativo, chamado pela constituição, que lhes de efetiva aplicabilidade. Podem ser subdivididas em – declaratórias de princípio institutivo ou organizativo e declaratórias de princípios programáticos. Segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *"são as que não receberam do constituinte suficiente normatividade para que possam ser aplicadas, quando se faz necessário que a produção ordinária complete as matérias nelas traçadas."*¹³⁰

Quanto às subdivisões das normas de eficácia limitada, diga-se o seguinte: Normas constitucionais de eficácia limitada declaratórias de princípio institutivo ou organizativo são aquelas normas que determinam a criação, através de lei, de órgão ou instituição com fim de atender interesses constitucionais. Segundo o Professor José Afonso da Silva são normas que contêm esquemas gerais de estruturação de instituições órgãos ou entidades.¹³¹ Segundo Michel Temer, *"são as que dependem de lei para dar corpo a instituições, pessoas, órgãos, previstos na norma constitucional"*.¹³²

Dentre estas normas defende ainda José Afonso a existência de declaratórias de princípio institutivo impositivas e facultativas: Nesse sentido esclarece Flávia Piovesan, que *"para José Afonso da Silva, as normas impositivas determinam, ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa. Já as normas facultativas não impõem uma obrigação, mas limitam-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineadas"*.¹³³

E o próprio José Afonso da Silva afirma que *"as normas impositivas estatuem a obrigatoriedade de o legislador emitir uma lei, complementar ou ordinária, na forma, condições e para os fins previstos; as normas facultativas apenas lhe atribuem poderes para disciplinar o assunto, se achar conveniente, isto é, dão-lhe mera faculdade..."*¹³⁴

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada declaratórias de princípios programáticos são aquelas que contêm os valores sociais e ideológicos

¹³⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. op. cit. p. 63.

¹³¹ Cf. SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 123 ss.

¹³² TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 26.

¹³³ PIOVESAN, Flávia. op. cit. p. 68.

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 128.

que definem o semblante da Constituição. São normas que definem programas de atuação estatal integrativa. Explica o Professor José Afonso da Silva que tais normas:

“...I- estabelecem um dever para o legislador ordinário; II- condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III- informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV- constituem sentido teleológico para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V- condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI- criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem...”¹³⁵

4.3.2.2.2 – A Classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Brito.

Propõem o jurista Celso Bastos e o atual ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Brito uma classificação baseada na potencialidade apresentada pela dada norma de interferência do legislador infraconstitucional para sua incidência.

Nesse sentido as normas constitucionais seriam não-integráveis ou de aplicação, subdivididas em de conteúdo e operatividade reforçáveis e irreforçáveis, e ainda, as normas constitucionais integráveis ou de integração, estas subdivididas em completáveis e restringíveis.¹³⁶ Conforme ensina Flávia Piovesan, *“pode-se, pois, afirmar que, ante esta classificação, as normas inintegráveis identificam-se com as normas de eficácia plena, enquanto as normas integráveis restringíveis e completáveis identificam-se com as normas de eficácia contida e limitada, respectivamente.”*¹³⁷

Falam os autores da classificação, afirmando que *“Aplicação, atinente à atuação pura e simples da vontade constitucional que, sobre ser de plena eficácia, não se acasala com nenhum outro querer legislativo de menor hierarquia. Integração no sentido de íntima composição de duas vontades legislativas vocacionadas para a*

¹³⁵ Ibidem. p. 164.

¹³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 122.

¹³⁷ PIOVESAN, Flávia. op. cit. p. 107.

convalescência, uma de escalão constitucional e outra de graduação ordinária, ainda que a primeira seja de eficácia plena."¹³⁸.

4.3.2.2.3 – A Classificação de Celso Antonio Bandeira de Melo.

Em 1982, o jurista traz à baila uma tese defendida na IX Conferencia Nacional da OAB, em Florianópolis. Trata-se esta teoria de remanejar as normas constitucionais tendo em vista o alcance dos direitos delas advindos. Nesse sentido ensina Celso Antonio Bandeira de Melo:

"Uma Constituição, desde logo, define-se como um corpo de normas jurídicas. De fora parte quaisquer outras qualificações, o certo é que consiste, antes de mais, em um plexo de regras de Direito. A Constituição não é simples ideário. Não é apenas uma expressão dos anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comando. Em preceitos obrigatórios para todos; órgãos do Poder e cidadãos."¹³⁹

Assim o autor classifica as normas constitucionais em concessivas de poderes jurídicos; concessivas de direitos e indicativas de uma finalidade a ser atingida. As primeiras, concessivas de poderes jurídicos, conferem poderes a sujeitos, os quais podem ser exercidos imediatamente, sem a aquiescência ou intermediação de outrem, constituem-se em verdadeiros direitos potestativos, que geram inclusive a obrigação de respeito perante os demais indivíduos; as concessivas de direito são aquelas que engendram direitos de imediata fruição, mas que, por outro lado necessitam ontologicamente da atuação de outrem, posto que são direitos subjetivos; por fim as normas indicativas de finalidade estatal estabelecem fins próprios de seguimento obrigatório por parte de todos os âmbitos estatais, estas normas não geram direitos, mas sim caminhos a serem seguidos, qualquer atitude de qualquer dos poderes estatais que vá em sentido contrário, não há de prosperar.

¹³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres. op. cit. p. 62.

¹³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. Revista de Direito Público, n. 57/58, 1981.

4.3.2.2.4 – A Classificação de Maria Helena Diniz.

A professora Maria Helena Diniz em célebre trabalho classifica as normas constitucionais, de forma muito didática, em:

Normas de eficácia absoluta; as quais possuem intangibilidade, não podendo ser sequer vítimas de emenda constitucional que as aborte ou as restrinja, segundo a autora: *“tais normas possuem eficácia positiva e negativa. Têm eficácia positiva, por terem incidência imediata e serem intangíveis, ou não emendáveis, visto não poderem ser modificadas por processo normal de emenda. Têm eficácia negativa por vedarem qualquer lei que lhes seja contrastante...”*¹⁴⁰

Normas de eficácia plena, as quais parecem não diferir em relação às normas igualmente denominadas por José Afonso da Silva, uma vez que a autora as define como imediatamente aplicáveis por si só. Conforme Maria Helena Diniz, *“são plenamente eficazes, as normas constitucionais que forem idôneas, desde sua entrada em vigor, para disciplinarem as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação, por conterem todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade da produção imediata dos efeitos previstos.”*¹⁴¹

Normas de eficácia relativa, que se subdividem em restringíveis e complementáveis ou dependentes de complementação legislativa. Quanto às normas de eficácia relativa restringíveis destaca a autora que *“correspondem essas normas às de eficácia contida de José Afonso da Silva, mas aceitando a lição de Michel Temer, preferimos denominá-las normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível, por serem de aplicabilidade imediata ou plena, embora sua eficácia possa ser reduzida, restringida nos casos e na forma que a lei estabelecer,..”*¹⁴².

E ainda quanto às normas de eficácia relativa complementável ou dependente de complementação leciona a autora que são aquelas cuja aplicabilidade se configura como mediata, posto que não possuem suficiente normatividade para produzir desde logo todos os seus efeitos, gerando apenas, enquanto não editada a

¹⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 110.

¹⁴¹ Ibidem. p. 112.

¹⁴² Ibidem. p. 113.

lei que as deverá regulamentar, o efeito de repelir do sistema normas infraconstitucionais com elas incompatíveis.

Podem estas últimas, por sua vez, serem divididas em normas de princípio institutivo e normas programáticas; estas dizem respeito a comandos constitucionais à atuação do legislador no sentido de se efetivarem os fins nelas estabelecidos; aquelas, por outro lado, necessitam da concretização legislativa no sentido de se criarem instituições, órgãos ou pessoas previstos e almejados pelo constituinte. Conforme a jurista, *“as normas constitucionais de princípio institutivo requerem que o legislador estabeleça, mediante leis complementares ou ordinárias, esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, para que tenham aplicabilidade plena ou imediata. Impõem ao Legislativo uma obrigação política.”*¹⁴³. Bem como, *“As normas constitucionais programáticas são as em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nelas consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais do Estado.”*¹⁴⁴

Por fim, Flávia Piovesan trata dessa Classificação, aproximando-a da proposta pelo professor José Afonso da Silva, dizendo que, *“por sua vez, as normas com eficácia plena, as normas com eficácia relativa restringível e as normas com eficácia relativa restringível complementável ou dependentes de complementação correspondem, respectivamente, às normas de eficácia plena, contida e limitada da Teoria de José Afonso da Silva.”*¹⁴⁵

4.3.2.2.5 – A Classificação de Luís Roberto Barroso.

O já amplamente citado autor estabelece em sua obra uma proposta bastante interessante a respeito da eficácia das normas constitucionais:

Dividem-se, portanto, segundo Luís Roberto Barroso, as normas constitucionais em: Normas constitucionais de organização; normas constitucionais

¹⁴³ Ibidem. p. 115.

¹⁴⁴ Ibidem. p. 116.

¹⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. op. cit. p. 70.

definidoras de direitos, (subdivididas, por sua vez, em: normas que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; normas que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; e normas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora) e, por fim, as normas constitucionais programáticas.

Segundo o autor as normas de organização são aquelas que se destinam a instituir e regular os meios, institutos e órgãos soberanos e públicos de um modo geral, inclusive quanto a sua competência, criação e forma ou procedimento de exercício de poder, no sentido da organização do Estado. Diz o Professor Barroso que *“há, portanto, em toda lei fundamental, uma específica categoria de regras, com uma estrutura normativa própria, destinada à ordenação dos poderes estatais, à criação e estruturação de entidades e órgãos públicos, à distribuição de suas atribuições, bem como à identificação e aplicação de outros atos normativos. Tais são as normas constitucionais de organização,...”*¹⁴⁶

De outro lado, as normas constitucionais definidoras de direitos seriam aquelas que definiriam direitos políticos, individuais, sociais e difusos, categorias essas que abarcariam, em classes, todos os direitos definidos na Carta Magna de 1988.

Os direitos políticos correspondem àqueles referentes à nacionalidade e cidadania. Os direitos individuais, de outra sorte, seriam aqueles herdados da concepção filosófica instaurada pela declaração de direitos da Inglaterra, em 1689, e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, as chamadas liberdades públicas, condizentes com a doutrina individualista e liberal de limitação do estado às intervenções nas relações privadas. Hoje esses direitos estão contidos principalmente no artigo 5º da Carta Magna. Já os direitos sociais, expressão genérica para os direitos econômicos, sociais e culturais, dizem respeito àqueles direitos, que tiveram como principal precursora a Constituição de Weimar, de 1919, e também a mexicana, de 1917, as quais representaram uma evolução à doutrina de firme aplicação do liberalismo. Tais direitos representam o avançar ao estado social, em que se valoriza a igualdade não meramente formal, mas a efetiva igualdade, a

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. op. cit. p. 95.

igualdade material. Com esses direitos ocorre uma intervenção nas relações particulares, sobretudo as trabalhistas, no sentido de se tratarem os desiguais com desigualdade, estabelecendo-se os contrapesos estatais. Por fim os Direitos chamados Direitos Difusos, expressão que designa tanto os direitos difusos propriamente ditos, ou seja, direitos trans-individuais atinentes a toda coletividade, como o meio ambiente equilibrado, como também se incluem em tal expressão os direitos coletivos, inerentes à determinada classe, por exemplo.¹⁴⁷

Tendo em vista tais direitos definidos pela Carta Constitucional, o autor subdivide as normas constitucionais definidoras de direito em: normas que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção, ou seja, mediante tais normas, criam-se direitos e gera-se a obrigação, por parte do estado e de todos os particulares, de não se desrespeitá-los; normas que ensejam a exigibilidade de prestação positiva do Estado, as quais, em outras palavras, geram obrigações estatais no sentido de realizar bens jurídico-sociais; e, por fim; as normas que contemplam interesses cuja realização depende de edição de norma infraconstitucional integradora, ou seja, normas que criam direitos, os quais, para se efetivarem necessitam de instrumento normativo infraconstitucional que os regulamente.¹⁴⁸

E a ultima espécie de norma, conforme a definição do Professor Carioca, são as chamadas Normas Programáticas, as quais se identificam com as normas programáticas de outras classificações já referidas. Segundo afirma Barroso *“surgem, assim, disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados. Estas normas têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público.”*¹⁴⁹

O autor identifica a similitude de tais normas com as normas de eficácia limitada, definidoras de princípio programático, da doutrina do Professor Jose Afonso da Silva, bem com as normas programáticas formuladas por Crisafulli, já tratada no presente trabalho. E arremata, expressando os efeitos produzidos por tais normas desde o início de sua vigência: *“(A) revogam os atos normativos anteriores que*

¹⁴⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. op. cit. pp 100-102.

¹⁴⁸ Cf. BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. op. cit. pp 108-115.

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. op. cit. p. 116.

*disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; (B) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis.”.*¹⁵⁰ Bem assim em âmbito de direitos subjetivos tais normas constitucionais, segundo Barroso, geram, de imediato, ao cidadão, os direitos de: *“(A) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional; (B) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos.”*¹⁵¹

Por fim, importante citar um trecho da obra do professor Barroso, em que se consagra uma diferenciação relevante acerca das normas constitucionais que, sendo definidoras de direitos ou programáticas, necessitam da chamada legislação integradora. Nesse sentido afirma Barroso:

“...consigne-se uma diferença nem sempre traçada adequadamente por muitos autores. O fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isso, programática. Não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador direito ao ‘seguro desemprego’ em caso de desemprego involuntário (CF, art. 7º, II) e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado (CF, art 226). No primeiro caso, existe um verdadeiro direito tutelável consoante os fundamentos que pouco mais adiante serão expostos. Há uma prestação positiva a exigir-se, eventualmente frustrada pela omissão do legislador ordinário. No segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na ‘desproteção’ da família.”¹⁵²

4.4 - O PROBLEMA DA CONCRETIZAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL.

Dispostas as principais metodologias de classificação das normas constitucionais quanto à eficácia, ou de acordo com o entendimento presentemente sustentado para melhor uso do vernáculo, das normas constitucionais tendo em vista sua concretização, cabe tecer algumas linhas acerca do problema que tais normas enfrentam para fazerem-se valer. Ao longo do texto da Constituição de 1988, portanto, podem-se vislumbrar várias passagens em que se verificam reais dificuldades de se trazer à realidade, à concretude, à esfera do “ser”, aquilo que

¹⁵⁰ Ibidem. p. 120.

¹⁵¹ Ibidem. p. 120.

¹⁵² Ibidem. p. 120.

desejou o constituinte e que, portanto, representa a vontade política do povo brasileiro. Vislumbra-se difícil, em muitos casos, envolver de plena capacidade de concretização algumas disposições constitucionais, nesse sentido assevera o professor Pinto Ferreira, dizendo:

“Determinados blocos de normas constitucionais não são efetivamente aplicados, sobretudo as normas programáticas. Há um descompasso entre a norma e a realidade. Daí a expressão freqüentemente utilizada ilusão constitucional. Tal expressão foi pela primeira vez empregada por Marx na Nova Gazeta Renana (Neve Rheinische Zeitung, 14 ago. 1842) e incorporada ao arsenal filosófico do marxismo: Dá-se o nome de ilusão constitucional ao erro político, que consiste em ter como existente uma ordem normal jurídica, regulamentada, legal, numa palavra constitucional, mesmo quando essa ordem na verdade não existe.”¹⁵³

4.4.1 – Vícios normativos qualitativos e caráter extensivo da Constituição.

É, portanto, de se questionar acerca do motivo pelo qual existiria essa dificuldade de concretização de algumas normas constitucionais. Em análise menos acurada, ou superficial, poder-se-ia atribuir o mencionado fato ao famigerado caráter excessivo, ou exaustivo, da Constituição de 1988, portanto, ao seu caráter demasiado analítico, muito criticado, em que a Carta Magna vai, como diz Ana Cândida da Cunha Ferraz: *“a minúcias próprias da lei comum e que rigorosamente não são essenciais para assegurar os direitos fundamentais que aborda”*¹⁵⁴.

Contudo entende-se ser este um raciocínio equivocado, posto que seria absolutamente ilógica a assertiva de que o problema da concretização de algumas normas constitucionais, sobretudo quanto às normas programáticas ou de eficácia limitada, estaria no caráter quantitativo da Carta Constitucional. Muito mais do que simplesmente excesso de normas, a Constituição sofre de vícios ou problemas qualitativos, ou seja, voltados à natureza emprestada às normas. Usa-se o termo emprestadas, não por acaso, pois vê-se que não residem estes problemas no texto da norma, mas sim no processo de concretização realizado por seus interpretes, razão pela qual o tema da hermenêutica constitucional constituiu-se em importante subsidio teórico para a estrutura da presente monografia. Somente com a boa hermenêutica tais problemas ou vícios interpretativos podem ser sanados.

¹⁵³ PINTO FERREIRA, Luiz. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva, 9ª ed. 1998. p. 10-11.

¹⁵⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Necessidade de Regulamentação Constitucional*, in Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. vol. 18. ed. Revista dos Tribunais. p. 47.

A análise, portanto, das normas constitucionais, tendo em vista a necessidade de se sanar o famigerado afastamento do Texto Constitucional em relação à realidade social, deve-se dar pelo estudo da hermenêutica constitucional concretizadora, bem como dos tipos, ou natureza, das normas constitucionais existentes no texto da Constituição, ou seja, mais do que saber ou se aferir da quantidade, numa análise obviamente superficial da problemática da aplicação da Constituição, faz-se, mister, que se afira da qualidade de tais normas.

4.4.2 – A má hermenêutica e a inaplicabilidade da Constituição.

Conforme já exposto ao longo da monografia, existem várias terminologias adotadas para a classificação das normas constitucionais, tendo em vista a sua capacidade de concretização ou eficácia. Porém é de se ponderar que não pode uma teoria de mera classificação de normas e, portanto, de mera disposição das normas, com intuito e alcance meramente didático, em patamares diferentes tendo em vista qualquer critério adotado, tornar aplicável ou inaplicável uma ou outra norma.

Em outras palavras, não é porque didaticamente se concebeu uma norma como de eficácia limitada, ou programática, que ela será inepta, posto que se afigura inconcebível definir como inaplicável uma norma que esteja no texto da chamada lei maior de um estado. Por mais que a natureza de uma norma constitucional seja meramente de estabelecer um programa, haverá nesta norma um mínimo de normatividade, mesmo que no sentido de se negar atos em contrário, como já sustentado quando citada a obra do professor Luís Roberto Barroso¹⁵⁵, “O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas”.

Com efeito, acaba, o mal interprete, por utilizar-se de uma ou de outra classificação como meio para descumprir ou ignorar a norma. Nesse sentido assevera criticamente o professor Paulo Bonavides, *“com efeito, de todas as normas constitucionais a programática é indubitavelmente aquela cuja fragilidade mais suscita dúvidas quanto à sua eficácia e juridicidade, servindo assim de pretexto*

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. op. cit. p. 120.

*cômodo à inobservância da Constituição.*¹⁵⁶ Ora, uma Constituição, que crie margem para este tipo de atitude do operador do Direito e, portanto, possua normas desprovidas de aplicabilidade, sem possibilidade de concretização, normas estas que restam à mercê do legislador ou do administrador regulamentador, remontam ao que dizia Ferdinand Lassalle, inspirando-se em uma frase de Frederico Guilherme IV, tornando-se a Carta Constitucional, nestes casos, uma mera *"folha de papel"*.¹⁵⁷

Nesse sentido de grande valia a contribuição do Professor Canotilho, que proclama a "morte das normas programáticas". Posiciona-se o jurista português pelo rompimento com uma doutrina clássica, bem como com classificação das normas constitucionais quanto à eficácia. Afirma o constitucionalista que as normas constitucionais, sejam elas quais forem, são dotadas de *"um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, não se deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político"*¹⁵⁸. Segundo este balizado entendimento, portanto, todas as normas constitucionais devem ser dotadas de positividade, mesmo as chamadas normas programáticas ou de eficácia limitada, pois acarretam estas normas no seguinte:

"(1) Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) Vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-los em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob forma de inconstitucionalidades, em relação aos actos que as contrariam." ¹⁵⁹

Este posicionamento de Canotilho é o prestigiar da coerência na hermenêutica constitucional, em que a Constituição deve ter o papel de ente normativo mais relevante, com aplicabilidade plena e imediata do que está contido em seu texto. A concretização das normas, sejam elas preceptivas diretamente em

¹⁵⁶ Bonavides, Paulo. op. cit. p. 219.

¹⁵⁷ Afirma Lassalle: "Tenho demonstrado a relação que guardam entre si as duas Constituições de um país: essa Constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais e efetivos que regem a sociedade, e essa outra Constituição escrita, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar de folha de papel." (LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Rio de Janeiro: Laemert, 1969. p. 74.).

¹⁵⁸ CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 1999. p. 1102.

¹⁵⁹ Ibidem. p. 1103.

forma de regras, sejam as normas-princípios, deve-se dar sempre de forma plena, independentemente da vontade do legislador infraconstitucional de regulamentar a dada norma, sobretudo, quando se tratam de normas definidoras de direitos, como proclama a bastante feliz classificação, já estudada, de autoria do Professor Luís Roberto Barroso¹⁶⁰.

Assim, entendem-se cabíveis as, coincidentemente cobertas de atualidade, mesmo após tantos anos, palavras de Rui Barbosa, que apesar de na época diferenciar as normas constitucionais em normas auto-executáveis e não auto-executáveis, como já observado,¹⁶¹ ressaltava dizendo que *"não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras."*¹⁶²

Nesse sentido, resta claro que o suposto fracasso de aplicação ou de concretização das normas constitucionais, sobretudo quanto às normas programáticas, de eficácia limitada, ou, segundo o professor Barroso, normas definidoras de direitos, que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora¹⁶³, não se deve a sua natureza, mas sim à natureza que lhes é forjada por alguns aplicadores do Direito, do entendimento demasiado equivocado de que, somente serão tais normas constitucionais aplicadas, após regulamentação, entendimento este que acaba por deixar ao bel prazer do legislador infraconstitucional a decisão de quando enfim a constituição se fará presente, não se aceitando a vinculação imediata, esta sim própria das normas constitucionais, apenas por serem normas constitucionais.

Nesse sentido Flávia Piovesan diz *"que a programaticidade das Constituições há de se combinar com sua efetividade, sob pena de debilitar o constitucionalismo, abrindo campo às mais graves transgressões jurídicas. A programaticidade sem a juridicidade poderá, em fim, converter-se formal e materialmente no maior obstáculo*

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. op. cit. p. 120.

¹⁶¹ Não é sem propósito que se opta neste momento por não citar as palavras imediatamente subsequentes do saudoso jurista em sua obra, posto que ao desenvolver de seu raciocínio passaria a sustentar a classificação, embasada na doutrina norte-americana e em decisões retiradas da suprema corte daquele estado, conforme já exposto em item específico. Note-se que as palavras do jurista foram utilizadas em epílogo à monografia.

¹⁶² Barbosa, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol II, São Paulo: Saraiva & Cia., 1933. p. 489.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. op. cit. p. 109.

à construção constitucional de um verdadeiro Estado de Direito.¹⁶⁴ Assim se quer afirmar, na esteira de Canotilho, que todas as normas constitucionais estão no mesmo plano, não havendo entre elas diferenciações de cunho hierárquico ou no plano da eficácia. Normas constitucionais são normas constitucionais e ponto, têm todas elas força e aplicabilidade imediata.

4.4.3 – Constituição e plasticidade.

Destarte, cabível a reflexão acerca do motivo pelo qual há na Constituição normas em que o próprio texto chama o legislador infraconstitucional a legislar regulamentando o tema. Qual a razão disso? Basta um olhar atento do jurista ao longo da teoria constitucional e do desenvolvimento histórico, teórico e filosófico do constitucionalismo (algo que se procurou fazer na presente monografia, mesmo que de forma sucinta, dada à concisão a que se deve procurar num trabalho monográfico de conclusão de curso) que se terá a resposta. Assim, uma vez sustentando-se que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia imediata, por que então o constituinte, em determinadas passagens da Carta Magna utiliza as expressões, “a lei disporá” “nos limites determinados em lei” e etc? A respeito fala o professor Raul Machado Horta dizendo que, *“considerando a natureza obrigatória da norma constitucional, o preenchimento de regras constitucionais pela legislação ordinária demonstra, entretanto, que a Constituição dispõe de plasticidade. A plasticidade permitirá a permanente projeção da Constituição na realidade social e econômica, afastando o risco da imobilidade que a rigidez constitucional sempre acarreta.”*¹⁶⁵

O que explica o professor é que o motivo pelo qual o constituinte delega a regulamentação de determinado tema ao legislador infraconstitucional reside apenas na possibilidade de que haja maior mobilidade na aplicação dos preceitos, estes sim inafastáveis, e na concretização daquilo que determina a constituição. Isso quer dizer que a Constituição estabelece matizes próprios de aplicação de determinados direitos, estes que podem sofrer alteração ou mutação, mesmo em razão da mudança ideológica do estado constitucional. Nesse sentido a constituição, mesmo sendo uma constituição valorativa e dirigente, é também móvel, plástica e volátil aos

¹⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. op. cit. p. 73.

¹⁶⁵ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 209.

anseios sociais a que deva representar. Assim é de se concluir que jamais houve o constituinte por conceder a qualquer norma constitucional o caráter de normas precárias ou inaplicáveis, com vigência somente após a regulamentação por lei.

No mesmo sentido estão as chamadas normas de eficácia contida, ou diferida, em que o constituinte delega ao legislador um diapasão capaz de afinar a norma constitucional de acordo com as anseios e matizes sociais que naturalmente mudam ao longo do tempo e não poderiam, por obvio, ficar a mercê da pretensão de perenidade de que gozam as constituições, ou mesmo, os entendimentos ou interpretações de suas normas¹⁶⁶. Portanto, tanto as normas, ditas de eficácia contida ou diferida, quanto as ditas de eficácia limitada ou programáticas, por prestarem-se apenas à plasticidade da constituição e à tutela da mutabilidade dos anseios do estado, devem sim, por normas constitucionais que são, de per si, ter aplicabilidade imediata, independente de regulamentação.

4.4.4 – A postura do juiz diante da norma constitucional.

Cabe, por oportuno, mencionar a vinculação dos magistrados à Constituição, esta que há de ser uma Constituição Dirigente. O Juiz é o interprete por excelência das normas, e segundo os sistemas de controle de constitucionalidade, o será também em relação às normas constitucionais, pela via do controle difuso e pela via do controle concentrado, este no âmbito do STF.¹⁶⁷ Por esse motivo, por óbvio, está o Juiz vinculado aos ditames da Carta Magna, ainda que se admita ao magistrado o livre convencimento e a livre interpretação, sujeita aos recursos inerentes ao processo. Nesse sentido afirma o Professor Canotilho, que *"além de constituírem princípios e regras definidoras de diretrizes para o legislador e a administração, as normas programáticas vinculam também os tribunais, pois os juízes, têm acesso a Constituição, com o conseqüente dever de aplicar as normas (...) e de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos feitos submetidos a julgamento dos atos normativos contrários às mesmas normas."*¹⁶⁸

¹⁶⁶ Pretensão de perenidade de que se nutrem inclusive as decisões do STF, veja-se o tema da Súmula de efeito vinculante, conforme Emenda Constitucional 45/2005.

¹⁶⁷ O Tema do Controle de Constitucionalidade não foi profundamente abordado na monografia, ainda que não faltasse interesse em fazê-lo, devido à extensão demasiada que seria dada ao trabalho.

¹⁶⁸ CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. op. cit. p. 1105-1106.

O que se quer dizer é que o juiz obviamente deve interpretar as leis com base na constituição e não o contrário. Em sendo assim, não havendo lei que regulamente determinado tema, o juiz deverá seguir o todo constitucional a aplicar no caso concreto, por dever a ele atribuído, tudo aquilo que prega a Constituição, de forma que o cidadão não fique desprotegido, sem a garantia de seus direitos, pelo simples fato de que houve a desídia do legislador infraconstitucional.

Na mesma esteira de raciocínio, se houver regulamentação de tema que diga respeito aos direitos expressos na Constituição e se esta determinada lei dissentir dos princípios, objetivos e fundamentos constitucionais e, assim, não for possível lhe conferir uma interpretação conforme a Constituição, metodologia já estudada em item específico, estará esta lei eivada do vício insanável da inconstitucionalidade e caberá, por dever de função, ao juiz, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de tal lei.

Não foge a esta racionalidade a hipótese de lei anterior à Constituição, qual se demonstre incompatível com a nova carta política, caso em que o juiz, dentro dos supostos requisitos, haverá de considerar tal lei não recepcionada e, portanto, inaplicável.

Nesses supostos casos, portanto, não deverá o juiz aplicar a norma regulamentar eivada de inconstitucionalidade; tampouco a norma inaplicável por considerar-se não recepcionada e nem a norma inexistente, posto que não criada pelo legislativo. Mas deverá sim o juiz aplicar a própria Constituição, tendo em vista os seus princípios e a sua sistemática, ou seja, tendo em vista o todo constitucional, posto que esta é dotada, conforme amplamente sustentado ao longo do presente trabalho monográfico, de caráter normativo.

4.5 – NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À CONCRETIZAÇÃO – UMA NOVA PROPOSTA CLASSIFICATÓRIA

Ao se falar a respeito da norma constitucional, verifica-se, portanto, que estas podem ser consideradas tendo em vista a eficácia, aplicabilidade, efetividade, e ainda a concretização, expressão esta preferida na presente pesquisa. Estudaram-se em pontos específicos algumas classificações das normas constitucionais tendo

em vista a possibilidade que estas apresentam de serem concretizadas. Foram trazidas as idéias de José Afonso da Silva, Celso Bastos e Carlos Brito, Celso Antonio Bandeira e Melo, Maria Helena Diniz e Luís Roberto Barroso, esta última tida como mais próxima da idéia contida na hermenêutica mais moderna, tendo em vista a máxima aplicabilidade da Constituição.

Contudo é de se sustentar que, seja qual for a classificação que se queira atribuir às normas constitucionais, entendendo-se a técnica da classificação como meramente didática, não deverá esta, portanto, ter o poder de definir os rumos das normas da carta política. Não é a classificação em que se encontra a norma que determinará como esta norma se aplicará, mas sim é a maneira como efetivamente esta norma se aplica, tendo em vista a melhor hermenêutica, que deverá determinar a posição classificatória desta norma.

Sendo assim, pretende-se neste ponto da monografia, sem qualquer pretensão de criação, mas tão-somente de re-ordenamento ou re-organização de algumas teorias classificatórias já propostas, contribuir com uma classificação das normas constitucionais identificada com a teoria hermenêutica concretizadora, tendo em conta a importância desta idéia para desenvolvimento do constitucionalismo moderno, em prol do desenvolvimento de uma “práxis” da Constituição dirigente, voltada à realização dos princípios e programas por ela postos em destaque. Nesse sentido o Professor Lênio Streck assevera que, *“mais do que assegurar os procedimentos da democracia - que são absolutamente relevantes -, é preciso entender a Constituição como algo substantivo, porque contém valores (direitos sociais, fundamentais, coletivos lato-sensu) que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Por tudo isso, há que deixar assentado que o constitucionalismo dirigente-compromissário não está esgotado.”*¹⁶⁹

Com efeito, partindo da idéia contida na hermenêutica concretizadora fundada em Gadamer; estudada em Hesse, Muller e Häberle; e sintetizada em Canotilho, quer-se adotar em definitivo o termo concretização na presente proposta classificatória, termo esse definido pelo citado mestre de Coimbra, o qual diz que

¹⁶⁹ STRECK, Lênio Luiz. *A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia*. In. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. n. 2, Curitiba: 2002. p. 64.

“concretizar a constituição significa fundamentalmente o processo de densificação de normas¹⁷⁰ e princípios constitucionais, ao qual é inerente uma dimensão interpretativa juridicamente produtiva e criadora.”¹⁷¹

Prefere-se, portanto, o termo concretização ao termo realização, posto que, conforme já sustentado em ponto específico da monografia, este depende daquele para existir. Bem assim entende-se, idéia também já sustentada anteriormente, que o termo concretização é melhor e mais completo do que os termos eficácia, aplicabilidade e efetividade.¹⁷² Isso porque se remete diretamente ao processo hermenêutico da norma constitucional constituída de programa normativo (com os planos sintático, semântico e pragmático) + domínio normativo.

Assim, entende-se que as normas constitucionais podem ser classificadas, tendo como critério a sua concretização, em (1) Normas Constitucionais de Concretização Imediata; subdivididas em a) Irrestringíveis e b) Restringíveis; e (2) Normas Constitucionais de Concretização Mediata; subdivididas em a) Definidoras de Direitos, b) Programáticas e c) Institutivas.

As primeiras, (1) Normas Constitucionais de Concretização Imediata: são aquelas cujo programa normativo, de pronto, permite a conexão com os elementos fáticos do domínio normativo, permitindo assim a concretização imediata da norma, num processo que se dá imediatamente (texto - valores constitucionais - valores sociais - elementos fáticos - norma concretizada).

São estas subdivididas em a) Normas Constitucionais de Concretização Imediata Irrestringíveis: aquelas em que o processo se dá exatamente como acima descrito (texto - valores constitucionais - valores sociais - elementos fáticos - norma concretizada); e b) Normas Constitucionais de Concretização Imediata Restringíveis: em que o texto da norma permite a fluência imediata do processo de concretização, no entanto permite, que lei infraconstitucional venha a restringir o alcance desse texto, (texto restringível - valores constitucionais - valores sociais - elementos fáticos

¹⁷⁰ Observe-se que o Professor Canotilho modifica, já na próxima edição de sua obra, o termo “norma” por “regra”, posto que norma seria o gênero e regra a espécie.

¹⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. op. cit. p. 208.

¹⁷² Este ponto está intimamente ligado ao ponto 4.2.3, posto que lá se sustenta a preferência pelo termo concretização.

- norma concretizada). São estas normas destinadas à plasticidade constitucional conforme já abordado.

A segunda categoria de normas são as (2) Normas Constitucionais de Concretização Mediata: nas quais, em algum momento do processo de concretização, se cria um entrave hermenêutico, podendo este causar a necessidade de um instrumento a mais para a concretização da norma mediante sua conexão aos elementos fáticos. Este instrumento pode ser a edição de uma lei, a criação de um decreto, uma composição judicial do entrave, a implementação de uma medida ou projeto estatal ou a criação de um órgão pessoa ou instituto estatal.

Subdivide-se esta categoria em: a) Normas Constitucionais de Concretização Mediata Definidoras de Direitos: também destinadas à plasticidade da Constituição, aquelas em que o processo deve se dar como nas Normas de Concretização Imediata, pois o entrave apresentado por este tipo de norma está apenas no texto (texto que define o direito, porém não contempla o modo de implementação, chamando a lei ou órgão administrativo a fazê-lo - valores constitucionais - valores sociais - elementos fáticos - norma concretizada);

Nesse caso, o que deve fazer o realizador da norma é observar o texto, observar a lei regulamentadora e, verificando-se não haver lei regulamentadora, de pronto, passar aos próximos estágios da concretização, chegando-se ao final do processo com a implementação do direito e com o “como fazer” formulado independente de lei ou ato administrativo. Não sendo essa a atitude de quem deveria fazer cumprir o direito, caberá ao lesado, requerer ao judiciário que desmonte o entrave e diga o modo como o direito será implementado. Isto poderia ser feito via Mandado de Injunção, no caso de um particular, ou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, no caso de algum legitimado a propor esta ação, porém, será visto adiante que a feição dada a estes instrumentos lhes retira este potencial, de modo que, hoje, processualmente, estes possíveis entraves

encontram-se abrigados pela falta de instrumentos específicos que lhes expurquem.¹⁷³

Ainda quanto às normas de concretização mediata, b) Normas Constitucionais de Concretização Mediata Programáticas: aquelas que tal e qual a doutrina italiana (Azzaritti, Crisafulli e Pierandrei) e brasileira, definem programas a serem seguidos pelo Estado, possuindo viés prospectivo. Estas normas tornam a Constituição uma Carta Política Dirigente, pois definem nortes a serem seguidos pelo Estado em vários campos de atuação estatal e, de pronto, repelem quaisquer posturas incompatíveis com o caminho ou a direção assumida pela Constituição. O possível entrave deste tipo de norma pode se dar em todo o processo de concretização (texto dotado de abstração e programaticidade - valores constitucionais que se voltam para o futuro - valores sociais que devem ser apreendidos pelo legislativo - elementos fáticos que determinam a adoção ou abstenção de medidas - norma concretizada). Se uma providencia normativa infraconstitucional for dissonante de norma constitucional concretizada, haverá inconstitucionalidade por ação, se esta providencia não for tomada e os elementos fáticos determinarem a adoção desta, haverá inconstitucionalidade por omissão.

Por fim, c) Normas Constitucionais de Concretização Mediata Institutivas: tais e quais as normas de principio institutivo da classificação do Professor José Afonso da Silva, necessitam de provimento normativo que crie instituições, pessoas ou órgãos. O entrave destas normas pode-se dar também no texto (texto que determina a criação por ato normativo de instituição - valores constitucionais - valores sociais - elementos fáticos - norma concretizada). A Concretização destas normas constitucionais é tal e qual a das normas definidoras de direito, porém, neste caso a única maneira de se criar o instituto constitucionalmente requerido é pela via do próprio ato normativo mencionado no texto constitucional, de forma que o Poder responsável não o fazendo, nenhum outro poderá. Restando, para a solução do entrave, apenas o provimento normativo específico ou o apelo, no caso de legislativo, e determinação, no caso de administrativo, judiciais, típicos das decisões do STF, como se estudará em frente.

¹⁷³ Ao final da monografia ver-se-á uma coerente proposta processual para resolução deste percalço apresentada pelo professor Luís Roberto Barroso.

Esta, portanto, é a proposta que se apresenta, para a classificação das normas constitucionais tendo em vista a sua capacidade de se realizarem jurídica e socialmente. Repita-se que a presente proposta não tem pretensão de inovar, mas apenas de trazer à baila uma reestruturação das normas constitucionais identificada com a hermenêutica moderna, voltada à idéia de concretização.

Isto posto, faz-se necessário adentrar, como ultimo enfoque da monografia, aos instrumentos processuais para a concretização das normas constitucionais, uma vez que será através do processo que se mostrará pretensamente possível resolver os entraves à efetiva aplicação das normas constitucionais a que não se dê eficácia imediata.

5- OS MEIOS PROCESSUAIS DE CONCRETIZAÇÃO.

Relevante para o trabalho o pensamento do professor Luiz Guilherme Marinoni, o qual assevera que *“as normas constitucionais traçam as linhas mestras da teoria do processo. Trata-se de uma tutela constitucional do processo, que tem por fim assegurar a conformação e o funcionamento dos institutos processuais aos princípios que são insculpidos de acordo com os valores constitucionais.”*¹⁷⁴

Assim, o professor Marinoni, falando de processo civil, empresta o caminho a que se deva percorrer para traçar mínimas linhas sobre os instrumentos processuais de concretização das normas constitucionais. Nesse sentido, com objetivo de não dissipar demais o trabalho em diversos temas, serão abordados somente os instrumentos que atuam sobre as normas de concretização mediata, utilizando-se a nomenclatura proposta anteriormente. O objetivo será abordar, sobretudo, o Mandado de Injunção e compará-lo com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, com a pretensão de mostrar seus pontos falhos, encaminhando-se, ao final deste item, à rápida abordagem sobre uma proposta bastante coerente elaborada pelo Professor Luís Roberto Barroso, para a solução dos problemas de inaplicabilidade das normas definidoras de direitos que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora, conforme a

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21.

classificação do próprio autor, já abordada e acolhida como a melhor proposta doutrinária classificatória até então.¹⁷⁵

5.1 – O MANDADO DE INJUNÇÃO.

5.1.1 – Nascimento e Definição.

O instituto do Mandado de Injunção teve seu nascedouro no Direito Britânico. Em meados do século XVII, em Londres, existiam naquele país três Tribunais de grande importância, os quais funcionavam concomitante e paralelamente; eram estes o Tribunal do Banco do Rei, o Tribunal das Causas Comuns e o Tribunal de Chancelaria. Este último ficou à época conhecido como Tribunal da Equidade, no sentido de que lá se julgava com base na equidade, na justiça costumeira, uma vez que as causas a esta corte remetidas tratavam de questões de cujo mérito não se tinha legislação que pudesse tutelar os direitos postulados, bem como não se tinha como dizer de que modo se aplicaria tal direito. Por esta razão aqueles dois outros mencionados Tribunais entendiam-se incompetentes para julgar essas causas, pois eram conhecidos como Tribunais de Justiça, posto que aplicavam a lei e não a chamada equidade.¹⁷⁶

Posteriormente o instituto desenvolveu-se no sistema norte-americano com o nome de "*injunction*", o qual podia ser entendido, grosso modo, como uma ordem judicial de fazer ou de não fazer. Assim a "*injunction*" permitia ao órgão judiciário formular mandamentos capazes de forçar a parte a agir de determinada forma, dando-se cumprimento a direito existente da outra parte, ou mesmo impedindo que tal direito viesse a ser lesionado.

Sob o ponto de vista da essência do objeto a que se destina o instituto da "*injunction*", pode-se dizer que o instituto se assemelha muito ao Mandado de Segurança e ao Mandado de Segurança Preventivo, vez que se presta a fazer

¹⁷⁵ Observe-se que neste ponto tentar-se-á, ainda que se tratem de instrumentos processuais, tratar apenas das questões de cunho material voltadas à concretização das normas. O objetivo do presente trabalho não é, portanto, abordar o procedimento do Mandado de Injunção e nem da Ação Direta de Inconstitucionalidade, tão-somente quer-se refletir sobre os aspectos destes institutos que se refletem ao tema central da monografia, qual seja, a concretização das normas constitucionais, tendo em vista a hermenêutica moderna.

¹⁷⁶ Cf. FRANCO, Afonso Arinos de Mello. Algumas instituições políticas no Brasil e nos Estados Unidos – Um estudo de Direito Constitucional comparado. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 133 ss.

cumprir direito pré-existente lesionado ou ainda na iminência de ser lesionado. Contudo, a diferença entre os instrumentos reside exatamente naquilo que diferencia nos dias atuais os institutos da Carta Política de 1988 do Mandado de Injunção e do Mandado de Segurança; pois este se destina a assegurar o cumprimento ou o respeito a direito líquido e certo, tutelado por lei, aquele, por sua vez, destina-se a fazer cumprir direito ao qual o legislador infraconstitucional não deu regulamentação através de lei infraconstitucional, mas ainda assim há de ser protegido, pelo Poder Judiciário, por via da injunção, aplicando-se, conforme melhor entendimento, a equidade no caso concreto.

Trata-se, portanto, o mandado de injunção, de uma ação constitucional em que o órgão jurisdicional deve agir não simplesmente aplicando a lei ao caso concreto, mas fazendo, portanto, como deve ser da essência do magistrado, a subsunção da norma ao caso que lhe é apresentado; neste remédio constitucional cabe ao magistrado ter um caráter ativista e prospectivo dos anseios sociais refletidos na Carta Magna. Deve, portanto, o juiz tendo em vista o pedido, a ordem constitucional e jurídica de um modo geral, edificar, sintetizar, forjar, construir uma solução equânime, fazendo a concretização da constituição. Nesse sentido esclarece o Professor José Afonso da Silva, o qual afirma que o Mandado de Injunção é *"posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas inerte em virtude de ausência de regulamentação."*¹⁷⁷ Ensina também o Professor J. M. Othon Sidou, que o Mandado de Injunção "é uma garantia de direitos, de natureza ativa, (...) porque é garantia posta em mão do universo de administrados e de conhecimento atribuído a um dos órgãos do Estado, em contraposição às garantias passivas, que o indivíduo frui por efeito de autolimitação do Estado, como, por exemplo, aquela que atribui ao Poder Judiciário apreciar, sem reserva, toda lesão de direito."¹⁷⁸

¹⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 446-447.

¹⁷⁸ SIDOU, J. M. Othon. *"Habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "Habeas data", ação popular*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 272-273.

O Mandado de Injunção é, portanto, uma ação, remédio ou garantia constitucional, prevista na Carta Magna de 1988, a qual visa tutelar direitos constitucionais, sejam individuais, coletivos ou difusos, de pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, nos casos em que haja omissão legislativa infraconstitucional, que obstaculize ou impeça a aplicabilidade desses direitos.

5.1.2 - Aplicabilidade.

5.1.2.1 – Direitos a que se destina.

O Mandado de Injunção está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, inciso LXXI, da seguinte forma: *LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;*¹⁷⁹ Depreende-se, portanto, da leitura do dispositivo constitucional, que cabe ao Poder Judiciário conceder uma ordem de injunção, sempre que, em razão da não existência de norma infraconstitucional, direito ou liberdade constitucionalmente previstos não possam fazer-se eficazes ou efetivos pelo impetrante do mandado, que poderá ser qualquer pessoa ou grupo de pessoas, seja física ou jurídica, de direito público ou privado.

Nesse sentido, é de se questionar exatamente de quais direitos ou liberdades constitucionais o constituinte pátrio está falando. Neste ponto em especial ocorre divergência doutrinária, em que os autores explanam sobre três diferentes posições, quais sejam a restritiva, a intermediária e a abrangente.¹⁸⁰

A Teoria Restritiva se mostra demasiado redutora do campo de atuação do Mandado de Injunção e tem como representante, entre outros, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que assevera que o remédio alcança somente aqueles direitos que possam ser traduzidos como direitos inerentes à condição de nacional ou cidadão, concluindo, de certa forma, que teria a constituição já de pronto especificado expressamente o objeto da tutela do Mandado de Injunção, no caso, os

¹⁷⁹ Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

¹⁸⁰ Cf. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção – Instrumento de Efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999.

direitos inerentes à condição de cidadania a nacionalidade. Interpreta, portanto, o dispositivo constitucional do inciso LXXI o jurista dizendo:

"Ele serve para garantir direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados ao status de nacional (os do art. 5º, cujo caput reconhece aos brasileiros determinados direitos fundamentais, ou que possam ser deduzidos do Cap. II do Tít. II, capítulo este relativo à nacionalidade), ao de cidadão, quer dizer, o nacional politicamente ativo que, como integrante do povo, o soberano na democracia, tem a participação no governo, como o direito de voto e a elegibilidade (são os direitos e liberdades e prerrogativas que podem ser deduzidos do Cap. IV do Tít. II - capítulo sobre os 'Direitos Políticos')".¹⁸¹

Já a chamada corrente Intermediária traz uma extensão um pouco mais abrangente, concluindo pela assertiva de que somente estariam protegidos pelo Mandado de Injunção os direitos contidos no Título II do texto constitucional, ou seja, os Direitos Individuais e Coletivos, Direitos Sociais, Direitos à Nacionalidade e Direitos Políticos. Assim é o posicionamento do jurista Calmon de Passos, afirmando que *"o inciso LXXI do art. 5º defere o mandado de injunção para tutela das prerrogativas pertinentes à nacionalidade, soberania e cidadania, não disciplinadas pelo art. 5º, assim sendo, disso se pode inferir a adequação do mandamus para garantia de todos os direitos, liberdades e prerrogativa constantes do Título II da Constituição."*¹⁸²

A última corrente, a qual parece ser a mais arrazoada, denomina-se Abrangente, posto que não estabelece limites ou restrições à atuação do writ. Segundo este entendimento, devem as garantias constitucionais ser sempre interpretadas da forma mais abrangente possível. Não é admissível, quando se tratam de garantias constitucionais, se estabelecer interpretação restritiva. Assim, os direitos a que se destinam o Mandado de Injunção, hão de ser todos aqueles contidos na Carta Magna para cuja implementação se entenda necessária a mediação normativa do legislador infraconstitucional ou do Poder Executivo. Destarte adota-se ensinamento do Professor Lênio Luiz Streck, o qual afirma que *"nenhum direito constitucional pode ser excluído da tutela do mandado de injunção,*

¹⁸¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996. p. 276-277. Data máxima vênia, parece ser a posição menos arrazoada, posto que destoa da própria interpretação literal do texto constitucional.

¹⁸² PASSOS, J.J. Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data – Constituição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 110-111.

*desde que previsto no bojo da Carta, cujo exercício seja obstaculizado pela falta de norma regulamentadora".*¹⁸³

5.1.2.2 – Restrição e pressupostos à sua aplicabilidade.

Do exposto, conclui-se que, a única restrição ao campo de atuação do Mandado de Injunção, deve se dar quanto às normas tidas como auto-aplicáveis. De outro modo não há como restringir a atuação do remédio constitucional a artigos ou capítulos da carta política, não sendo topográfico, portanto, o critério para aferição do objeto do Mandado de Injunção.¹⁸⁴ De se mencionar nesse sentido as palavras de Flávia Piovesan, que inclusive analisa em sua obra vasta jurisprudência do STF:

“Neste Raciocínio, é objeto do mandado de injunção assegurar o exercício: a) de qualquer direito constitucional não regulamentado, b) de qualquer liberdade constitucional não regulamentada e c) das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania, também quando não regulamentadas. Corolário deste raciocínio é o não cabimento do mandado de injunção quando se tratar de norma jurídica auto-aplicável, que não dependa de norma regulamentadora para viabilizar o exercício do direito que consagra.”¹⁸⁵

Depreende-se, logo, que são dois os pressupostos para a definição dos direitos que podem ser protegidos por via do Mandado de Injunção: (1) A existência de um direito constitucional assegurado e (2) a falta da norma regulamentadora, que impeça o exercício de tal direito. Nesse raciocínio, não se pode falar em Mandado de Injunção para proteção de direito, para cuja implementação não seja necessária norma regulamentadora ou, em outras palavras, a falta da norma regulamentadora não impeça a realização de tal direito.¹⁸⁶

Importante mencionar, ainda, que quando se fala de norma regulamentadora o termo deve ser entendido como ato normativo em sentido amplo, posto que pode o

¹⁸³ STRECK, Lênio Luiz. *O Mandado de injunção no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991. pág. 32.

¹⁸⁴ MI 107 - DF, Relator Ministro Moreira Alves, *"a mesma razão que justifica a concessão do mandado de injunção aos direitos e garantias previstos nesse art. 5º, existe com relação aos outros direitos e garantias constitucionais (inclusive os sociais) cujo exercício seja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora"*.

¹⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 140.

¹⁸⁶ MI 81-6-DF, Relator Min. Celso de Mello. *"A estrutura constitucional do mandado de injunção impõe, como um dos pressupostos essenciais de sua admissibilidade, a ausência de norma regulamentadora. Essa situação de lacuna técnica - que se traduz na existência de um nexo causal entre vacuum juris e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania - constitui requisito que condiciona a própria impetrabilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988"*.

ato ser emanado do legislativo ou mesmo de autoridades administrativas. Nesse sentido explica Luís Roberto Barroso que, *"no que diz respeito à norma regulamentadora, pode ser ela de qualquer hierarquia - lei complementar, ordinária, regulamento, resolução, portaria, decisões administrativas normativas, desde que sua ausência inviabilize um direito constitucional. Norma regulamentadora é assim toda medida para tornar efetiva norma constitucional"*.¹⁸⁷

5.1.2.3 – Omissão Legislativa Parcial.

Outro caso relevante de aplicabilidade do mandando de injunção são as situações tidas como de inércia parcial do legislador, também chamadas de omissão legislativa parcial. Assim explica Flávia Piovesan, que *"existe uma omissão legislativa parcial quando o legislador não efetiva completamente uma imposição constitucional concreta. (...) a omissão legislativa parcial ocorre especialmente quando leis de cumprimento da Constituição favorecem certos grupos esquecendo outros, o que importa na exclusão constitucional de vantagens."*¹⁸⁸ Portanto, configura-se como caso de omissão legislativa aquela em que, mesmo existindo norma regulamentadora, esta não se mostra suficiente para abarcar todos aqueles que seriam os destinatários do direito previsto na carta constitucional.

O professor Clèmerson Merlin Clève reflete acerca deste tipo de inconstitucionalidade dizendo que *"a solução, portanto, para esses casos, nem pode ser a pura e simples extensão do benefício (exemplo: aumento salarial) para os excluídos,) nem a decretação de nulidade do benefício para os que o alcançaram (salvo o caso de evidente intuito de privilegiar determinado grupo social em detrimento de outro), o que implicaria prejuízo para os excluídos e para os beneficiários,"*¹⁸⁹.

Esta problemática levantada pelo Professor Clèmerson será posteriormente abordada em sua obra no momento em que passara a tratar da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e, portanto, na via do controle abstrato, por meio da ação. Porém, vê-se que melhor seria resolvida esta questão através do raciocínio

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. op. cit. p. 248.

¹⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. op. cit. p. 97.

¹⁸⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000. p. 54.

de que, na verdade, quando o legislador elabora lei regulamentadora que deixa de fora alguns daqueles que deveriam ser por ela contemplados, não age de forma omissiva, mas sim comissiva, porém, sem a observância do direito à igualdade ou isonomia, o que acarreta descumprimento não de norma de que não se tem regulamentação, mas de direito fundamental expresso na carta magna, que goza inclusive, conforme o parágrafo 1º, do artigo 5º da, Constituição, de aplicabilidade imediata expressamente prevista. Nesse caso não haveria de se falar em Mandado de Injunção ou de Ação Direta, mas sim de Mandado de Segurança, posto que é direito líquido e certo o direito a isonomia.

5.1.3 – O Alcance das Decisões do Mandando de Injunção.

5.1.3.1 – Teorias Acerca do Alcance do Mandando de Injunção.

Se há problemática maior dentre todas as apresentadas pelo Mandado de Injunção desde a sua adoção no sistema constitucional brasileiro,¹⁹⁰ esta reside na definição do alcance das decisões nele proferidas, sobretudo na definição defendida pelo Supremo Tribunal Federal.

Observa-se na doutrina a este respeito a existência de três tendências. Uma delas, defendida pelo STF, a qual defende a “Tese da Subsidiariedade”; segundo este entendimento o Judiciário ao julgar o Mandado de Injunção procedente, deve recomendar ou apelar ao legislador ou ao executivo que proceda à elaboração da norma regulamentadora.¹⁹¹ Conforme assevera Luís Roberto Barroso, “*é inegável que o mandado de injunção não atendeu, de modo significativo, às expectativas criadas com sua introdução.*”¹⁹² É de se entender que este fato narrado pelo

¹⁹⁰ Problemática existente já quanto à própria aplicabilidade do writ, posto que não possui regulamentação e poderia ser interpretado como norma de aplicabilidade limitada, o que hoje, de forma passificada, já não é acolhido. Assim explica Regina Quaresma: “*O Constituinte originário conferiu-lhe plena eficácia ao estipular a auto-aplicabilidade no Parágrafo 1º do art. 5º da constituição Federal de 1998, indicando a indiscutível importância prática, não apenas do mandado de injunção, mas de todos os preceitos ali elencados. Entretanto, esta disposição foi insuficientemente para solucionar a questão; precisou-se da interpretação jurisdicional que lhe foi dada satisfatoriamente, no julgamento do STF da questão de ordem no Mandado de Injunção 107.*” (QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão - Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 51.)

¹⁹¹ Cf. QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão - Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 51.

¹⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Mandado de Injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação*. In. BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 189.

professor Barroso se deve justamente ao alcance dado ao writ pelo STF, entendendo-o como de natureza declaratória/mandamental, tendo como ato final da decisão de declarar a omissão e dar ciência ao órgão omissor para que proceda à regulamentação da norma requerida.¹⁹³ Aqui se consolidou a utilização do método de declaração de inconstitucionalidade com apelo ao legislador, já tratada em ponto específico, tecendo críticas à inocuidade desta técnica perante a necessidade de uma constituição normativa e dirigente.

Outra corrente doutrinária acerca do alcance da decisão do Mandado de Injunção exalta a “Tese da Independência Jurisdicional”, em que o juiz, conforme explica Regina Quaresma, *“deve ter a liberdade de estabelecer como o direito deverá ser exercido e ordenar o seu cumprimento, editando norma com força de lei.”*¹⁹⁴ E ainda reflete a autora, dizendo que *“este entendimento, na prática gera um longo e oneroso caminho judicial, tendo o impetrante de mover duas ações consecutivas (uma no STF e outra na justiça comum); esta foi a mais ‘atualizada’ a que chegou o Supremo.”*¹⁹⁵ Observe-se que esta teoria comporta ainda a timidez própria do STF, e por óbvio não representa o que quer se denominar de independência jurisdicional, no que concerne a fazer do Mandado de Injunção um instrumento de concretização. Isso está claro no julgamento inaugural desta teoria, qual seja o MI-283-5¹⁹⁶, que versa sobre o artigo 8º, parágrafo 3º, do ADCT, que tem a seguinte redação:

¹⁹³ Nesse sentido, MI-107-3-DF: *“É ele (o MI)... ação que propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o art. 5º, LXXI, da Constituição, e que se destina a obter sentença que declare a ocorrência da omissão constitucional, com a finalidade de que se dê ciência ao omissor dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, P.2º, da Carta Magna), com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos, se se tratar de direito constitucional oponível ao Estado, mas cujo exercício está inviabilizado por omissão deste.”* (MI-107-3-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RDA 184/226, 1991. in. BARROSO, Luís Roberto. *Mandado de Injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação*. In. BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 190.)

¹⁹⁴ QUARESMA, Regina. op. cit. p. 51.

¹⁹⁵ Ibidem. p. 51.

¹⁹⁶ “Mandado de Injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, parágrafo 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito abstrato a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos.” (MI-283-5, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 14.11.91, p. 16.355-6. in. BARROSO, Luís Roberto. *Mandado de Injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação*. In. BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Renovar. 2ª ed. Rio de Janeiro, 2002. p. 191.).

§ 3º Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.¹⁹⁷

Neste Mandado de Injunção, portanto, nota-se que o Supremo, mesmo havendo prazo expresso na Constituição para que criasse a norma regulamentadora¹⁹⁸, apenas se propõe a declarar a mora do legislativo, determinando ainda maior prazo ao legislador para que faça o que já deveria ter feito. Caso ainda assim o legislativo não atenda à determinação, posto que nenhuma sanção o obriga, recomenda o STF, de forma hilária, à parte que está “a ver navios” por todo o tempo da mora legislativa somado ao tempo do processo até aqui, que interponha ação por perdas e danos contra a União, ainda com todos os recursos a ela inerentes. Posteriormente, no MI-284-5, o STF modifica um pouco este entendimento no sentido de que não seria necessário novo prazo para purgar a mora do legislativo, cabendo desde a declaração desta, a ação de indenização.¹⁹⁹

Este entendimento, na verdade, não retirou do semblante dado ao Mandado de Injunção pelo STF o caráter quase inócuo, mesmo diante de direitos como aquele objeto dos MIs 283-5 e 284-5 (Parágrafo 3º do art. 8º do ADCT), o qual goza de previsão expressa de prazo para criação de lei que o regule. Se quanto a esses direitos é assim, o que se dirá quanto às normas, sem previsão de prazo dirigido ao legislador, definidoras de direitos que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora, conforme a classificação de Luís Roberto Barroso, já abordada, ou normas de concretização mediata definidoras de direitos, conforme classificação proposta em ponto específico da presente monografia. Estas normas, se prevalente a posição do STF, ente que

¹⁹⁷ CRFB.

¹⁹⁸ Somente porque existe tal prazo é que o Supremo tomou postura pouco mais avançada diante da definição do alcance do Mandado de Injunção, mas, data vênia, muito aquém de como deveria fazê-lo.

¹⁹⁹ Nesse sentido o MI-284-3: “*Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada – e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção número 283, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.*” (MI-284-3, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 26.06.92, p. 10.103. in. BARROSO, Luís Roberto. *Mandado de Injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação.* in. BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional.* Renovar. 2ª ed. Rio de Janeiro, 2002. p. 191.).

deveria ser o guardião da Constituição, uma vez não observadas, tendo em vista a inexistência de lei que as regulamente, enquanto esta não existir, continuaram sendo descumpridas e ignoradas.

Nesse sentido, acolhe-se a chamada “Tese Resolutiva”, que no dizer de Regina Quaresma, *“sustenta que cabe ao magistrado resolver o caso concreto, entre as partes, e concretizar o direito dos impetrantes, satisfazê-lo plenamente, independente de regulamentação. Tal decisão pode ser interpretada como extensão da aplicação pelo juízo de equidade.”*²⁰⁰ Esta é a posição mais arrazoada, porém, não é a adotada pela Suprema Corte Brasileira. Luís Roberto Barroso, nesse sentido, traz uma decisão do 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ, da relatoria do professor Barbosa Moreira²⁰¹, que dá tutela a esta que é a posição dominante em esfera doutrinária.²⁰² Comenta também esta mesma decisão Regina Quaresma,

²⁰⁰ QUARESMA, Regina. op. cit. p. 51.

²⁰¹ Conferir também o brilhante artigo do professor Barbosa Moreira, *Jornal do Brasil*, 1988. in (QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão - Teoria e Prática*. Forense, Rio de Janeiro, 1995. p. 52.). *“...a regulamentação que o órgão judicial estabeleça apenas valerá para o caso decidido, e enquanto não sobrevinha a “norma regulamentadora”, com alcance geral. O juiz ou o Tribunal exercerá, em tal hipótese, a função típica da chamada “jurisdição de equidade”- fenômeno bastante familiar a todos os que lidam com o direito e incapaz de escandalizar o mais zeloso fiscal da “separação dos poderes”. Do ponto de vista prático, é manifesta a superioridade da terceira solução em confronto com a primeira. O melhor modo de compreender um remédio processual é aquele que leve a atribuir-lhe o máximo possível de eficácia. Conceber o mandado de injunção como simples meio de apurar a inexistência da norma regulamentadora e comunicá-la ao órgão competente para a edição (o qual, diga-se entre parênteses, presumivelmente conhece mais do que ninguém as suas próprias omissões...) é reduzir a inovação a um sino sem badalo. Afinal, para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia – e bastava – a boa e velha notificação. Nem se responda que a isto, ou a pouco mais, se reduz, em verdade, na próxima Carta da República, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103, parágrafo 2º. Se assim é, o que daí se tira é razão suplementar para repetir a primeira construção. Não se afigura crível, com efeito, que a Constituição haja querido fazer uma coisa só de dois instrumentos que forjou separadamente: um deles, é obvio, estaria sobrando. A assimilação mostra-se descabida – e funesta; despoja de individualidade o mandado de injunção e subtrai-lhe toda e qualquer possibilidade de frutificar. Sejamos sinceros: quem sairá de seus cuidados para requerer providência tão inócua? A prevalecer este entendimento, como há motivos para temer que aconteça, mais valerá que (na primeira reforma constitucional), se suprima pura e simplesmente o inciso LXXI do art. 5º. O mandado de injunção, porém, merece sorte melhor que essa morte precoce e inglória. Não será o tempo, ainda, de salvá-lo? A última palavra, naturalmente, caberá ao legislador, que mais cedo ou mais tarde terá de regular a matéria. Enquanto isso, é de se desejar que ninguém assuma, para com instituto de tão interessantes potencialidades, o triste papel de coveiro apressado.”*

²⁰² Afirma em voto o Desembargador carioca: *“É admissível o mandado de injunção seja qual for o texto constitucional, federal ou estadual, federal ou estadual, que proveja o direito cujo exercício depende de norma regulamentadora ainda não editada. Não conflita com a Carta da República a disposição do art. 84, parágrafo único da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que trata de “licença sindical” para os servidores públicos civis eleitos para cargos de direção em federações ou sindicatos da categoria, durante o exercício do mandato. – A servidores nessa situação reconhece-se o direito, até a entrada em vigor da lei regulamentadora, ao gozo de licença não remunerada, determinando-se à autoridade impetrada que os afaste de suas funções, sem prejuízo dos direitos e vantagens à carreira”* (BARROSO, Luís Roberto. *Mandado de Injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação*. in. BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Renovar. 2ª ed. Rio de Janeiro, 2002. p. 193.).

afirmando que *“a tese da subsidiariedade é inócua, pois ninguém melhor que o órgão omissor sabe que vem se omitindo, e dar ciência não configura qualquer obrigatoriedade.”*²⁰³ Nesse sentido é que se entende ser o writ do Mandado de Injunção instrumento processual que visa fazer com que o Judiciário supra, efetivamente, no caso concreto, a omissão regulamentar, fazendo evidenciar-se o direito constitucional ignorado, como arremata ainda a autora, dizendo que *“aceitar que o judiciário legisle é inconstitucional. Prefere a tese resolutiva, pois que soluciona questões em cada caso concreto, sem efeitos gerais, erga omnes, prevalecendo a decisão individual, inter partes, enquanto o órgão competente não editar a norma regulamentadora faltante.”*²⁰⁴

5.1.3.2 – O Juiz e o Mandado de Injunção.

A princípio, a “Tese Resolutiva” poderia gerar o entendimento de que se estaria propondo uma espécie de subversão do princípio da separação dos poderes ou mesmo, como é defendido erroneamente, por alguns juristas, como uma invasão de tarefas do Poder Legislativo implementada pelo Poder Judiciário. Porém, por evidente, não se trata disso. Trata-se sim de um mandamento do próprio ordenamento constitucional que assim o seja. Um daqueles mecanismos de freios e contrapesos, em que a um determinado Poder permite-se cumprir função precípua de outro Poder, desde que previsto o permissivo na própria Constituição. Assim assinala o professor José Afonso da Silva dizendo que *“nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro.”*²⁰⁵

Assim a Constituição de 1988 determinou competência ao Poder Judiciário, diante de um pedido de injunção, uma vez atendidos os requisitos do remédio constitucional, em conceder ordem de injunção, ou seja, aplicar o direito constitucional, ainda que liminarmente, por meio da antecipação da tutela

²⁰³ QUARESMA, Regina. op. cit. p. 76.

²⁰⁴ Ibidem. p. 76.

²⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. op. cit. p.110.

constitucional, ao caso concreto, independentemente de legislação infraconstitucional regulamentadora.

Quer se sustentar então que o Poder Judiciário, mais do que ter a possibilidade ou permissivo, tem incontestavelmente o dever de criar os meios propícios à implementação do direito constitucionalmente tutelado do qual não se tem regulamentação legal. Não se fala, portanto, em criar o direito, posto que o direito é pré-existente no texto da Constituição, mas sim de se dizer como tal direito pode ser implementado, neste posto, substituindo-se sem sombra de dúvida ao legislador. Isso, não por outro motivo senão pela imposição da própria Carta Magna.

Destarte, resta evidente que o sistema jurídico brasileiro, no que tange a aplicação judicial das normas constitucionais, cuja regulamentação foi negada pela desídia do legislador, permite e determina a aplicação da chamada equidade, cabendo ao juiz, à falta do legislador, dizer como fazer. Não se aplica, portanto, nesses casos, como querem alguns juristas, a previsão da LICC, em seu artigo 4º, no qual está consignado que *"quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."*²⁰⁶ Baliza-se esta afirmação no argumento de que se destina o dispositivo ao suprimento de lacunas no sistema jurídico. Sendo assim, a incompatibilidade do dispositivo da LICC, com o Mandado de Injunção está no fato de que não trata o writ de combater, em última análise, uma omissão normativa no sistema jurídico, mas sim uma omissão regulamentar de lei que já existente, lei constitucional.

Contudo, tal dispositivo, mesmo sendo destinado a situações completamente diversas do objeto do Mandado de Injunção, trata-se de mais um instrumento nas mãos do magistrado para aplicação da equidade, posto que a analogia e costumes demonstram-se importantes para a construção do pensamento do juiz ao implementar na prática um direito, ainda que direito constitucional, o qual, arremate-se, deve ser dotado de força normativa.

Bem assim os princípios gerais do direito se coadunam com a idéia dos princípios constitucionais, estes que devem se constituir em norte a ser seguido pelo

²⁰⁶ Lei de Introdução ao Código Civil. Art. 4º.

magistrado, seja aplicando o mandado de injunção, seja aplicando qualquer outro instrumento processual.

Há, portanto, em conclusão, no writ do mandado de injunção, um viés criativo e prospectivo, no sentido de que consiste num instrumento judicial de concretização, realização ou criação de uma norma constitucional, aplicada ao caso concreto, cujo efeito deverá cobrir as partes do litígio. Esta característica pode não parecer comum à atividade judicial, porém, o que é dado ao juiz fazer no remédio constitucional em estudo, não se apresenta distante do que ele já o faz no dia-a-dia forense ao aplicar a lei infraconstitucional. Nesse sentido conclui Hans Kelsen abordando a decisão judicial que *"trata-se de uma norma jurídica individual que descreve a decisão judicial de um caso concreto, então esta decisão – como mostrou a Teoria Pura do Direito – de modo nenhum é apenas aplicação do Direito, senão simultaneamente também criação do Direito, a continuação do processo de produção do direito que acontece no processo legislativo (ou do Costume)."*²⁰⁷

É a essa esteira de pensamento a que se filia presentemente. Defende-se uma atitude pró-ativa e concretizadora por parte do poder judiciário, esteja diante do Mandado de Injunção ou de qualquer instrumento processual. Assim entende-se e assim quer a Constituição quando afirma em seu artigo 5º, inciso XXXV, que *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*²⁰⁸. Representa este inciso o princípio da inafastabilidade da Jurisdição. Ele veio ao ordenamento jurídico brasileiro para dar face à postura normativa constitucional implementada pela carta de 1988, entendida, à unanimidade dos doutrinadores, como uma constituição normativa, dirigente e cidadã.

A Carta Magna de 1988, portanto, imprimiu o sistema de valores atinentes à proteção do cidadão ante o próprio estado, seja protegendo os direitos individuais, seja o fazendo quanto aos direitos coletivos e difusos. Assim o papel a ser desempenhado pelo "Estado Juiz" deve ser o de concretizar a norma, seja na lei ou na Constituição, mas sempre se dando prevalência a esta. Cabe, destarte, ao juiz inicialmente verificar o programa normativo e, ao cabo, unir este ao domínio

²⁰⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986. p. 285.

²⁰⁸ CRFB.

normativo, estabelecendo-se assim uma hermenêutica concretizadora da Constituição. Assim estar-se-á diante do juiz contemporâneo, observador da contemporânea hermenêutica e desatado das amarras positivistas.

5.2 – A ADIN POR OMISSÃO.

5.2.1 – Nascimento e Definição.

Foi, portanto, imbuído de sério propósito de se promover efetividade à aplicação da Constituição que o constituinte brasileiro pensou, de forma precursora e original, no sistema de controle da inconstitucionalidade por omissão do legislador infraconstitucional. Nesse sentido foram criados o Mandado de Injunção já abordado e Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Assim explica Flávia Piovesan:

“Acentuada é a preocupação da Constituição de 1988 em conferir aplicabilidade imediata a seus preceitos, especialmente os definidores de direitos e garantias fundamentais, não sendo mais admissível exigir-se do destinatário da norma que aguarde, em espera indefinida, a confecção das normas regulamentadoras faltantes. Se assim fosse, configurar-se-ia verdadeira subversão da ordem jurídica, apresentando-se a omissão do legislador infraconstitucional mais eficaz que a atuação do constituinte, a inexistência de norma regulamentadora mais vinculante que a existência de norma constitucional.”²⁰⁹

A premissa que levou ao desenvolvimento da idéia de omissão legislativa é a de que a Constituição tem conteúdo jurídico-normativo e, portanto, é detentora de força jurídico-normativa. Trata-se este raciocínio de entender a carta constitucional como vinculante e cogente. A inconstitucionalidade por omissão, destarte, ocorre quando o Poder Público deixa de praticar atos legislativos ou executivos necessários a tornar aplicáveis as normas contidas na Carta Constitucional. Assim, pode-se dizer que se desenvolveu a teoria da inconstitucionalidade por omissão em razão da necessidade de se garantir a concretização das normas constitucionais.

Contudo, o simples desenvolvimento da idéia de que seria preciso criar instrumentos para a efetivação das normas constitucionais, tendo em vista a omissão dos órgãos a elas vinculados, não se demonstrou suficiente para o propósito desejado de dotar a Constituição de plena eficácia. Em Portugal, por

²⁰⁹ PIOVESAN, Flávia. op. cit. p. 109.

exemplo, a experiência da inconstitucionalidade por omissão, nos idos dos anos oitenta, se mostrou dificultosa, como se pode depreender da leitura da obra do professor Canotilho:

"Omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, existe quando o legislador não cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas, destinadas a actuar as imposições constitucionais e concretas; A operatividade prática da inconstitucionalidade por omissão está longe de ser satisfatória no ordenamento constitucional português; instrumentarium típico do estado de direito (controle de constitucionalidade, acção de defesa, direito subjetivo do cidadão) é insuficiente para captar a problemática do silêncio legislativo inconstitucional. A construção incompleta e inconseqüente do instituto da inconstitucionalidade por omissão acaba por relegar, afinal, a questão das omissões legislativas para o terreno mais vasto do não cumprimento da Constituição, onde a luta político-constitucional e a acentuação do elemento participativo do princípio democrático sobrelevam a juridicização e processualização estrita dos problemas político-constitucionais"²¹⁰

Em razão da realidade enfrentada naquele país, no que tange à incapacidade da teoria da omissão inconstitucional em cumprir seu objetivo de tornar efetivas as normas da Constituição, o jurista formula outras idéias na tentativa de forçar o legislador a tomar a iniciativa no sentido de concretizar a Constituição. Canotilho pensou no que ele chamou de *"controle abstracto omissivo, atribuindo a certo número de cidadãos, a fração minoritária de deputados, a possibilidade de fixar ou declarar o comportamento omissivo do legislador, daí se retirando argumentos para a luta político-constitucional."*²¹¹

Este foi o instrumento inspirador do que hoje se conhece como Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, definida por Flávia Piovesan como *"instrumento que permite a obtenção de declaração judicial de inconstitucionalidade por omissão de medida para tomar efetiva norma constitucional, com Ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."*²¹². A definição da autora é bastante satisfatória, posto que é somente a isso que se presta a ADIN por omissão, e não poderia ser diferente, pois as ações diretas destinam-se a ter eficácia geral, *erga*

²¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra Editora, 1982. p. 331-332.

²¹¹ Ibidem. p. 331.

²¹² PIOVESAN, Flávia. op. cit. p. 112.

omnes, e não poderia o STF estabelecer norma regulamentadora com esta eficácia porque isto seria lei.

Vê-se que a ADIN por omissão ocupa função pouco expressiva no ordenamento jurídico dada a sua técnica de apelo ao legislador, esta já criticada ao longo da monografia, depreendida do conceito do instituto ou mesmo da letra de sua norma definidora, o parágrafo 2º do art 103 da Carta Magna, o qual tem a seguinte redação: *“declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”*²¹³

5.2.2 – Aplicação e Inaptidão.

Nesse sentido, se conclui que o campo em que a ADIN por omissão tem uma maior importância jurídica, no sentido da busca pela concretização das normas constitucionais, está no trato da omissão regulamentar administrativa, aquela de cuja norma constitucional se extrai a necessidade de regulamentação pela via do decreto autônomo, por exemplo. Nesse caso o STF, havendo omissão do órgão administrativo competente, ordena que este supra a omissão em 30 dias. Esta ordem tem caráter de ordem judicial, devendo ser cumprida sob pena de responsabilização. Segundo Clèmerson Merlin Clève, os órgãos administrativos, *“não dispõem de liberdade de conformação legislativa, atuando mera atividade de execução. A liberdade de que dispõem circunscreve-se, existente autorização legal, ao território da discricionariedade, que não atinge a dimensão da liberdade de conformação do legislador. Por isso, o Constituinte fixou um prazo para o suprimento da omissão: trinta dias.”*²¹⁴

No âmbito do Poder Legislativo, porém, a ADIN por omissão, aos moldes em que é aplicada no Brasil, não tem qualquer capacidade de fazer-se eficaz, pois, conforme esclarece o Professor Clèmerson Merlin Clève, *“não há prazo para o suprimento da omissão pelo Poder Legislativo. Como o Congresso Nacional dispõe*

²¹³ CRFB. Artigo 103. Parágrafo 2º.

²¹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. op. cit. p. 347.

*de uma liberdade de conformação legislativa, não praticando em geral mero ato de execução (da Constituição)*²¹⁵, ao Parlamento não recai, portanto, qualquer sanção ou responsabilização em caso de não acatamento do apelo da Suprema Corte para que supra a omissão legislativa inconstitucional.

Nem mesmo há no Brasil qualquer medida que possa ser tomada pela Suprema Corte para forçar o Legislativo a legislar, como é o caso da Alemanha, em que como explica Regina Quaresma, *“a sentença que requer a providencia legislativa determina um prazo (...) para que a regulamentação pleiteada seja elaborada (...) Uma vez expirado este prazo competirá ao Tribunal Constitucional resolvê-la, havendo uma sanção política ao órgão omissor.”*²¹⁶. Observe-se que, independentemente da sanção política, na Alemanha se procura a concretização constitucional em primeiro lugar, seja esta feita pelo legislativo, executivo ou judiciário. Como conclui ainda a referida autora, que *“há naquele país a consciência de que todos os órgãos constitucionais estão vinculados às decisões do Tribunal Constitucional, não deixando de cumprir, quando alertados de sua omissão, o chamado princípio da fidelidade constitucional (Verfassungsgorgantreue)”*²¹⁷

Resta, portanto, comprovada a verdadeira inaptidão deste instrumento. E é por essas razões expostas que se optou por abordar mais atentamente ao Mandado de Injunção, como instrumento processual existente para concretização constitucional, do que à ADIN por omissão. Porém, o que tristemente se observa é que tanto um quanto o outro, devido à postura dos aplicadores das normas, têm-se mostrado inaptos a promoverem os objetivos a que vieram cumprir no ordenamento jurídico, ou seja, nem o Mandado de Injunção tem se posto a fazer cumprir nos casos concretos direitos constitucionais não regulamentados, nem a ADIN por omissão tem sido instrumento capaz de obrigar os órgãos responsáveis por expedirem regulamentação de direitos constitucionais a fazê-lo. Ora se o Mandado de Injunção, o qual nasceu com pretensão e potencial de ser um grande instrumento para a concretização das normas constitucionais, não vingou, devido à interpretação que lhe dá o STF, o que dizer da ADIN por omissão legislativa?

²¹⁵ Ibidem p. 347.

²¹⁶ QUARESMA, Regina. op. cit. p. 55.

²¹⁷ Ibidem. p. 55-56.

5.2.3 – Breve Comparativo.

Necessário em breves linhas se estabelecer um comparativo mínimo e crítico entre os institutos do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Justamente observa-se que o grande problema do Mandado de Injunção hoje é ser entendido como uma espécie de ADIN por omissão que, por outro lado, pode ser impetrado por qualquer particular, sem que componha uma lista de legitimados, como é o caso do art. 103 da Carta Magna. Isso se dá porque adota o STF a técnica de apelo ao legislador também no Mandado de Injunção, acolhendo a chamada tese da subsidiariedade, negando-lhe o caráter de instrumento de concretização jurisdicional normativo entre as partes, o que tem tornado este instrumento tão inapetente quanto a ADIN por omissão.

O Professor Clèmerson compara ambos institutos constitucionais estabelecendo que *"a ação de inconstitucionalidade por omissão configura instrumento do controle abstrato da constitucionalidade, voltado para a defesa (da "integridade") da Lei Fundamental, o mandado de injunção apresenta-se como remédio constitucional preordenado, primordialmente, à tutela de direito constitucionalmente definido e dependente de norma regulamentadora."*²¹⁸

Em suma pode-se, resumidamente, dizer que quanto à competência, no que se refere à omissão face à Constituição Federal, posto que existirá a competência inerente à inconstitucionalidade em face das constituições estaduais, diferenciam-se ambos institutos pelo fato da ADIN por omissão ser de competência privativa do STF, conforme art. 102, I, a)²¹⁹, da Carta Magna; já o Mandado de Injunção pode ser de Competência do STF, conforme art. 102, I, q)²²⁰, ou do STJ, conforme art. 105, I, h)²²¹, ambos da Constituição Federal.

²¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. op. cit. p. 363.

²¹⁹ Redação: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

²²⁰ Redação: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados,

Quanto à legitimidade ativa, observa-se que podem propor a ADIN por omissão os legitimados pelo artigo 103²²², da Constituição Federal. Já quanto ao Mandado de Injunção, pode figurar como impetrante qualquer pessoa. Por outro lado, em sede de legitimidade passiva, na ADIN por omissão serão as entidades competentes para elaboração da norma requerida, já quanto ao MI, a legitimidade passiva recairá sobre aquele que não der cumprimento ao direito constitucional em questão.

Quanto ao objeto, a ADIN por omissão, diz-se, destina-se à garantia da Constituição obstaculizada pela não regulamentação de normas; já o MI tem por objeto a Satisfação de um direito ou liberdade obstada pela falta de norma regulamentadora.

Quanto à natureza do ato decisório que dá cabo ao instrumento processual e a seus efeitos, vê-se que quanto à ADIN por omissão, este tem caráter meramente declaratório, com a técnica de apelo ao legislador, em que se dá ciência ao legislador, sem que este tenha qualquer dever de suprir a omissão e nem qualquer sanção ou responsabilização que o force a fazê-lo. Por outro lado, quanto a autoridades administrativas este apelo tem caráter de ordem judicial, sob pena de responsabilização da autoridade. De outra esteira, quanto ao Mandado de Injunção, diz-se ter uma decisão de cunho mandamental, constitutivo ou até “normativo inter partes” porém, observa-se na prática que se dá a ele, em razão do acolhimento pelo

do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

²²¹ Redação: Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

²²² Redação: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

STF da tese da subsidiariedade, o mesmo tratamento dado aos efeitos da ADIN por omissão, porém, sendo esta *erga omnes* e aquele *inter partes*.²²³

5.3 – LUÍS ROBERTO BARROSO E UMA PROPOSTA MAIS COERENTE.

Por fim, extremamente pertinente, tendo em vista a postura a que se emprestou à presente monografia ante os instrumentos processuais de concretização das normas constitucionais, se mostra a proposta de supracitado Professor Luís Roberto Barroso, a que se acolhe totalmente neste trabalho, posto que, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, não há remédio ou instrumento capaz de imprimir efetiva aplicabilidade a todos os direitos constitucionais, sobretudo, aos classificados no trabalho como direitos constitucionais de concretização mediata, ou como prefere Barroso, normas constitucionais definidoras de direitos que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora e as normas programáticas.

Em artigo conciso, mas incisivo, o Professor Barroso propõe a edição de uma Emenda Constitucional, a qual tomaria duas providências, a primeira seria a extinção do Mandado de Injunção, nesse ponto é de se lembrar das já citadas palavras do então Desembargador Barbosa Moreira que temia pela morte do Mandado de Injunção, dizendo que *“o mandado de injunção, porém, merece sorte melhor que essa morte precoce e inglória. Não será o tempo, ainda, de salvá-lo? A última palavra, naturalmente, caberá ao legislador, que mais cedo ou mais tarde terá de regular a matéria. Enquanto isso, é de se desejar que ninguém assuma, para com instituto de tão interessantes potencialidades, o triste papel de coveiro apressado.”*²²⁴. Vê-se que este tal coveiro já apareceu. Porém, o que propõe, em melhor análise, o professor carioca, não é a simples morte do instituto do Mandado de Injunção, mas seu renascimento através de seu espírito, pois como está

²²³ Quanto à legitimidade, objeto e natureza da decisão de tais institutos, conferir QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão - Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 97.

²²⁴ Apud. QUARESMA, Regina. Op. cit. p. 52. Cabe o “apud” em razão da, mencionada pela própria autora, raridade do artigo escrito no Jornal do Brasil em 1988.

consignado no testamento, por meio de São Paulo, *littera enim occidit spiritus autem vivificat*, ou seja, a letra mata, mas o espírito vivifica²²⁵.

Assim o espírito do Mandado de Injunção, assassinado por sua má interpretação, há de reencarnar nessa nova proposta do Professor Barroso, o qual afirma que “O Mandado de Injunção, na atual quadra, tomou-se uma complexidade desnecessária. Mais simples, célere e prática se afigura a atribuição, ao juiz natural do caso, da competência para a integração da ordem jurídica, quando necessária para a efetivação de um direito subjetivo constitucional submetido à sua apreciação.”²²⁶ Com essas ponderações, então, expõe o jurista o seu Projeto de Emenda Constitucional:

“Art. 1º. O Parágrafo 1º, do art. 5º, da Constituição Federal, passa a vigorar com a seguinte redação:

Parágrafo 1º. As normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicação direta e imediata. Na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formulará o juiz competente a regra que regerá o caso concreto submetido à sua apreciação, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.

Art. 2º. Fica revogado o inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição Federal, bem como suprimida a referência ao mandado de injunção nos seguintes dispositivos: art. 102, I, q, e II, a; art. 105, I, h; art. 121, Parágrafo 4º, V.”²²⁷

Se implementada esta proposta, serão resolvidos os problemas hoje enfrentados pelo Mandado de Injunção, quanto à aplicabilidade e o alcance, e, sem dúvida, estar-se-á imprimindo maior força normativa e social aos direitos constitucionais, mormente àqueles que enfrentam as barreiras da limitação na eficácia ou sofrem da irrealização ou “inconcretização” por parte dos intérpretes. Porém, para que isto ocorra, é preciso que haja a tão necessária vontade política, tema para cujo estudo demandaria, não apenas algumas linhas, mas, minimamente, outra monografia.

²²⁵ Epístola aos Coríntios. 3:6.

²²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Mandado de Injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação*. op. cit. p. 197.

²²⁷ Ibidem. p. 197.

6- CONCLUSÃO

Pode-se com a pesquisa realizada neste trabalho monográfico concluir o seguinte:

1- O desenvolvimento do constitucionalismo moderno e a realidade social que se apresenta em tempos contemporâneos, remetem-nos a uma idéia de Constituição, para além de lei hierarquicamente superior, com um status de centro irradiador de valores, estes que deverão ter aplicação efetiva no ordenamento jurídico e funcionar como normas amplamente aplicáveis e também como nortes a serem buscados pelos responsáveis por sua concretização.

2- Tendo em vista o carácter diferenciado da Constituição dentro do ordenamento jurídico, como carta política, principiológica, normativa e dirigente, bem como das normas constitucionais face às demais normas, em conta o seu carácter de fundamentação, finalidade, direção e superioridade, faz-se absolutamente necessária a adoção de métodos específicos de interpretação constitucional que vão além dos métodos clássicos ou da mera técnica de subsunção.

3- Os métodos hermenêuticos aplicados às normas constitucionais não, cada um deles, de serem tidos como contribuições a serem somadas ao conjunto de teorias aplicáveis à hermenêutica, no sentido de se dar a maior efetividade à Constituição. Não se deve, portanto, preferir um em detrimento do outro, mas sim se utilizar de todos os métodos através de uma síntese baseada numa vontade de implementar efetivamente a constituição e de torná-la real.

4- Os métodos tópicos e concretistas, sem deixar de lado os demais métodos hermenêuticos, ajudam sobremaneira a dar a Constituição um carácter de verdadeiro documento dirigente e normativo com efetiva aplicação, posto que baseados nas idéias mais modernas de norma voltada à prospecção da composição da realidade concreta e não mais nas vontades da lei ou do legislador.

5- Tendo em vista a implementação de uma hermenêutica específica da Constituição, sobretudo a concretizadora, há que se ter, em lugar especial, um conteúdo mínimo aplicável à interpretação das normas constitucionais, este

representado pelos princípios interpretativos constitucionais da unidade da Constituição, da concordância prática, da força normativa da constituição, da máxima efetividade, do efeito integrador, da interpretação conforme e da proporcionalidade. Princípios estes que devem, sempre, no processo hermenêutico da Constituição, ser levados em conta, tendo em vista a possibilidade de coexistência entre diversos princípios num mesmo momento interpretativo e a técnica de balanceamento ou ponderação de peso principiológico-valorativo no caso concreto.

6- Do desenvolvimento do constitucionalismo moderno advieram técnicas de interpretação, já hoje utilizadas, que representam o caráter de peculiaridade interpretativa das normas contidas no texto constitucional. Nota-se que as técnicas de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e de interpretação conforme a Constituição, representam a busca pela permanência do texto constitucional como elemento modificador ou realizador da mutação dos textos das normas infraconstitucionais, no sentido de imprimir-lhes feição aquiescente com a carta magna, sem que precisem ser excluídas do mundo jurídico. Já quanto à técnica de apelo ao legislador, se mostra esta como importante no sentido da prospecção da não incidência de omissão legislativa, bem como na idéia de mecanismo de freios e contrapesos entre os poderes estatais, porém, é, na prática, instrumento inapetente e o será, até que se tenha possibilidade real de sanção, por parte do judiciário, do poder omissor.

7- Existem diversas maneiras de se denominar a possibilidade que uma norma constitucional tem de se fazer valer para os casos a que se presta, de se fazer presente como mandamento cogente. Dentre os possíveis vernáculos aplicáveis, parece ser mais eficiente aquele que designa o processo realizado para levar a norma do texto ao caso concreto, conforme os modernos métodos hermenêuticos aplicados à norma constitucional. Assim entre os termos vigência, aplicabilidade, eficácia, efetividade, realidade e concretização, prefere-se ao último.

8- Rica é a história do desenvolvimento das teorias acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, sobretudo no Brasil. Porém, deve-se entender a técnica da classificação, seja ela qual for, como meramente didática, não funcionando como

veículo à não observação da norma, ainda mais quando se falam de normas constitucionais. Nesse sentido opina-se, que entre as classificações existentes, em que pese a maior aceitação da proposta por José Afonso da Silva, se afigura como mais voltada à idéia de máxima efetividade da Constituição a proposta de Luís Roberto Barroso.

9- As normas constitucionais, sobretudo as programáticas e definidoras de direitos que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado ou que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora (classificação de Barroso), sofrem de dificuldades de implementação, porém, é de se concluir que estas dificuldades se devem mais a má interpretação da Constituição do que à real natureza dela ou de suas normas. Aquilo que deveria apenas funcionar como elemento definidor da plasticidade constitucional, acaba funcionando como definidor da precariedade de algumas normas constitucionais que chamam ao legislador ordinário. Nesse sentido cabe ao juiz e a todos os interpretes da Constituição tomarem postura diferente diante desta, ou seja, voltada ao caráter prospectivo e concretizador da norma constitucional, tendo em conta os mencionados princípios de interpretação constitucional, na perspectiva de se ter uma constituição presente, ativa, normativa e plenamente aplicável.

10- Levando-se em consideração a postura que deve ter o interprete diante da norma constitucional, bem como, aplicando-se a base hermenêutica concretizadora, tida como mais moderna e condizente com os ideais de Constituição normativa e dirigente; conclui-se por uma classificação, sem pretensão criadora, mas reorganizadora das teorias classificatórias, das normas constitucionais quanto à concretização, em (1) Normas Constitucionais de Concretização Imediata; subdivididas em a) Irrestringíveis e b) Restringíveis; e (2) Normas Constitucionais de Concretização Mediata; subdivididas em a) Definidoras de Direitos, b) Programáticas e c) Institutivas.

11- Os instrumentos processuais existentes para concretização constitucional, aplicáveis às omissões inconstitucionais, se mostram pouco aptos a realizarem os objetivos precípuos a eles conferidos pela Carta Magna. Isso se dá principalmente à

interpretação dada ao tema do alcance do Mandado de Injunção, sobretudo pelo STF, em que se o coloca como um similar da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, utilizando-se da técnica de apelo ao omissor, quando deveria simplesmente fazer aplicar o direito ao caso concreto. Vê-se que a Suprema Corte somente avança um pouco neste mister, nos casos da chamada declaração de mora legislativa, passível de indenização, ainda assim não aplicando, data vênica, como deveria o writ do Mandado de Injunção.

12- Quanto à ADIN por Omissão, conclui-se que somente se mostra com certa aptidão para resolver o problema da omissão administrativa inconstitucional, pois neste caso a decisão de apelo se converte em ordem judicial passível de responsabilização da autoridade omissa. Quanto à omissão legislativa inconstitucional, porém, se mostra verdadeiramente inapetente a ação, posto que a decisão de apelo não impõe qualquer sanção ao parlamento, o qual pode, ao seu bel prazer, cumprir ou descumprir a decisão judicial, sem que a Suprema Corte nada possa fazer.

13- Por fim, diante da precariedade dos instrumentos processuais do Mandado de Injunção e da ADIN por Omissão, dada à interpretação aplicada a estes institutos, vê-se como melhor alternativa para a tutela dos direitos constitucionais periclitados pela omissão estatal, a Proposta de Emenda Constitucional de autoria de Luís Roberto Barroso, o qual pretende que as normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos constitucionais tenham aplicação direta e imediata, bem como que na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, deva o juiz competente, ou seja, não necessariamente o STF ou STJ, formular a regra que regerá o caso concreto submetido à sua apreciação, isto com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e Contexto Sócial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. vol II, São Paulo: Saraiva & Cia, 1933.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)*. in GRAU, Eros Roberto e CUNHA da, Sérgio Sérulo (coord). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Mandado de Injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação*. In. BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____ e TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

- _____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor - IBDC, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1989.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede - a era da Informação: economia, sociedade e cultura*. trad. Roneide Venâncio Majer, v. 1, São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CICERO, Marco Túlio. *Da república*. São Paulo: Ediouro, SA.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Algumas Notas Sobre Colisão de Direitos Fundamentais*. in GRAU, Eros Roberto e CUNHA da, Sérgio Sérulo

(coord). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997.

COELHO, Luiz Fernando. *in XVIII CONGRESSO MUNDIAL DA ASSOCIAÇÃO DE FILOSOFIA DO DIREITO E DE FILOSOFIA SOCIAL*. Buenos Aires: 1997 (fonte: "site" oficial da Universidade Estadual do Rio de Janeiro).

_____. *Teoria Crítica do Direito*. 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus Efeitos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Andamentos, 1998.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Necessidade de Regulamentação Constitucional*. in Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. vol. 18. ed. Revista dos Tribunais.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão , dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Necessidade de Regulamentação Constitucional*, in Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. vol. 18. ed. Revista dos Tribunais.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

- FERREIRA, Waldemar Martins. *História do direito constitucional brasileiro*. Brasília: Ed. fac-similar (Senado Federal, Conselho Editorial), 2003.
- FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Algumas instituições políticas no Brasil e nos Estados Unidos – Um estudo de Direito Constitucional comparado*. São Paulo. Forense, 1975.
- FREITAG, Bárbara. *A Teoria Crítica Ontem e Hoje*. 3ª ed. Brasília: Brasiliense, 1986.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- _____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. trad. Luiz Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- _____. *La Interpretación Constitucional. In: Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1983.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Rio de Janeiro: Laemert, 1969.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social*. 12ª ed. São Paulo: Cortez, 1998.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção – Instrumento de Efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARQUES, Cláudia Lima. *A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*, in *Cidadania e Justiça*. N. 6, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. *Revista de Direito Público*, n. 57/58, 1981.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- MONTESQUIEU, Barão de. (Charles-Louis de Secondat). *O espírito das leis*, São Paulo: Saraiva, 1987.
- MULLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. trad. Peter Naumann, 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

- PASSOS, J.J. Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data – Constituição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão - Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SIDOU, J. M. Othon. *"Habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "Habeas data", ação popular*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional: Colección Estudios Constitucionales*. Trad. José Mª. Beneyto Pérez, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STRECK, Lênio Luiz. *A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia*. In. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. n. 2, Curitiba: 2002.

_____. *O Mandado de injunção no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.

_____. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. trad. Tércio Ferraz Jr. Brasília: Brasiliense, 1979.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretacion Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

WARAT, Luís Alberto. *O outro lado da dogmática jurídica*. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.



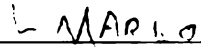
Ata da reunião da Comissão Julgadora da
Monografia (Trabalho Final de Curso) do
Acadêmico **MARCELO QUENTIN**

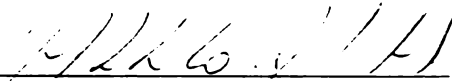
Aos **oito** dias do mês de **novembro** 2005, às 10:30 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo acadêmico, **Marcelo Quentin** sobre o tema, "CONSTITUIÇÃO E CONCRETIZAÇÃO", constituída pelos Senhores Professores, *Elizeu de Moraes Correa* (orientador), *Luiz Marlo de Barros e Silva* e *Manoel Eduardo Camargo e Gomes*, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 10,0, _____ e _____; perfazendo a média igual a 10,0.

Obs.: Seguir a publicação, observando as
indicações formuladas pela Banca.

Curitiba - PR, 08 de outubro de 2005


Prof. Elizeu de Moraes Correa


Prof. Luiz Marlo de Barros e Silva


Prof. Manoel Eduardo C.e Gomes